

BAB II

KERANGKA TEORITIK DAN KERANGKA KONSEPTUAL

2.1 Kerangka Teoritik

2.1.1 Teori Hak Asasi Manusia

Hak asasi manusia merupakan hak yang melekat pada diri setiap manusia sejak awal dilahirkan yang berlaku seumur hidup dan tidak dapat diganggu gugat oleh siapa pun. Hak asasi manusia didasarkan pada prinsip fundamental bahwa semua manusia memiliki martabat yang interen tanpa memandang jenis kelamin, ras, warna kulit, bahasa, asal-usul bangsa, umur, kelas, keyakinan politik dan agama. Mereka semua berhak menikmati hak-haknya. Pengertian sederhana ini menjadi sangat kompleks ketika dihadapkan pada kehidupan yang dinamik.¹

Hakikat perlindungan terhadapnya adalah menjaga keselamatan eksistensi manusia secara utuh sebagai manusia yang luhur. Namun demikian, karena adanya keanekaragaman karakteristik masyarakat, ideologi maupun agama. Akan ditemukan adanya perbedaan antara

¹ Moh. Yasir Alimi, *Advokasi Hak-hak Perempuan: Membela Hak Mewujudkan Perubahan*, (Yogyakarta: LKIS, 1999), hal. 13

satu sama lain. Hal tersebut merupakan fakta yang menjadi argumen munculnya konsep partikulistik dalam sejarah HAM.²

Diperlukan tiga kondisi dasar dalam penerapan hak asasi manusia:

*“Three conditions are necessary for a doctrine of human rights. First, human beings as mustbe recognized as having value. Second, this recognition must be given legal expression. Finally, this legal status be guaranteed by political authorities.”*³

(terjemahan bebasnya: Tiga kondisi yang diperlukan untuk sebuah doktrin hak asasi manusia. Pertama, manusia seperti harus diakui sebagai memiliki nilai. Kedua, pengakuan ini harus diberikan ekspresi hukum, akhirnya, status hukum ini harus dijamin oleh otoritas politik.)

Sejarah teori hak asasi manusia bisa dipaparkan sebagai berikut:

1. Merupakan perwujudan dari keadilan. Ini bisa dilihat dalam *Code* Raja Hamurabi dari Babilonia yang dibuat 2100 SM, bahwa “... Hukum Hamurabi ini diundangkan untuk membawa keadilan dalam negeri, memberantas yang jahat dan angkara murka dan agar yang kuat tidak menindas yang lemah ...”. Juga, dalam perintah Raja Thutmose dari mesir pada Ketua Mahkamah Agung Pekhmire tahun 1500 SM, yaitu “... sikap memihak merupakan sesuatu yang sangat dibenci oleh Dewa, ajaran ini harus dilaksanakan, engkau harus berbuat sama untuk semua orang, hendaklah memandang orang yang engkau kenal sama dengan

²Abdul Rochim, “Hak Asasi Manusia Menurut Pandang Islam”, <http://dilib.uinsuka.ac.id/gdl.php?mod=browse&id=digilib-uinsuka--abdulrochi-3710>, 12/03/2011.

³ Blandine Kriegel, *The State and the Rule of Law*, (New Jersey: Princeton University Press, 1995). hal. 34

orang tidak engkau kenal, dan memperlakukan orang yang dekat denganmu seperti orang yang jauh dari kehidupanmu..."⁴

2. Hanya membicarakan hak-hak yang bersifat politis saja, terjadi pada abad sebelum pertengahan, seperti pada perjanjian Magna Charta di Inggris tahun 1215, yang berisikan hak-hak para bangsawan yang harus dihormati Raja Inggris, bahwa "raja tidak boleh bertindak sewenang-wenang dan untuk tindakan tertentu raja harus meminta persetujuan para bangsawan. Juga, munculnya Revolusi Amerika tahun 1776 dan Revolusi Perancis tahun 1789. Revolusi Amerika menuntut adanya hak setiap orang untuk merdeka, bahwa "setiap manusia berhak untuk menikmati hidup, kebebasan dan mengupayakan kebahagiaan". Sedangkan Revolusi Perancis bertujuan membebaskan warga Negara Perancis dari kekuasaan mutlak Raja Louis XVI, bahwa "orang-orang lahir dan tinggal bebas dan sama dihadapan hukum".⁵
3. Penyempurnaan dari sekedar hak-hak politik. Yaitu dalam *The Four Freedoms* karya Franklin D. Roosevelt, empat hak penting yaitu (1) kebebasan berbicara dan berpendapat, (2) kebebasan beribadah atau beragama, (3) kebebasan dari kekurangan, dan (4) kebebasan dari rasa takut.⁶

⁴ Bahder Johan Nasution, *Negara Hukum Dan Hak Asasi Manusia*, (Bandung: Mandar Maju, 2011), hal. 132.

⁵ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 1996), hal. 154-167.

⁶ *Ibid.*, hal 154-168..

Terdapat beberapa landasan filosofis dari teori hak asasi manusia, antara lain :

1. Teori Hukum Alam

Teori hukum alam mendasarkan hak asasi manusia pada “alami” moral, agama atau bahkan biologis agar independen dari hukum manusia yang sementara atau bersifat kebiasaan. Socrates, Plato dan Aristoteles, mengemukakan adanya keadilan alam atau hak alamiah *ius natural*.⁷

Plato, sebagai salah satu tokoh Teori Hukum Alam, telah berjasa dengan meletakkan dasar bagi perlindungan dan jaminan diakuinya hak-hak asasi manusia. Konsepsinya menganjurkan masyarakat untuk melakukan sosial kontrol kepada penguasa yang zalim dan tidak mengakui nilai-nilai keadilan dan kebenaran.⁸

Tentang ide Plato akan hukum alam sebagai sumber hak asasi manusia, Polly Vizard menyatakan:

“Plato proposed that in the realm of ethics – as well as in the realm of mathematics and aesthetics – there exist abstract, eternal and universal truths that exist as elements of an “unchanging natural order”. They exist independently of human observation and can be apprehended by processes of reasoning. In elaborating this theory, Plato suggested that the empirical facts of ethical diversity and disagreement in the world do not necessarily challenge the validity of universal truths, because diversity and disagreement do not preclude the conclusion of some views

⁷Admin, “philosophy of Human Right”, http://en.wikipedia.org/wiki/philosophy_right, 24/03/2015.

⁸ Thor B. Sinaga, “Peranan Hukum Internasional dalam Penegakan Hak Asasi Manusia, Jurnal Hukum Unsrat, Vol.I/No.2/April-Juni/2013, hal. 96

*being right and others wrong. These ideas have had an important endenduring influence on Western political thought.*⁹

(terjemahan bebasnya: Plato mengusulkan bahwa dalam ranah etika- serta dalam bidang matematika dan estetika- terdapat sesuatu yang bersifat abstrak, abadi dan kebenarannya universal, yang ada sebagai elemen dari suatu “tatanan alam yang tidak berubah”. Sesuatu tersebut ada secara independen dari pengamatan manusia dan dapat ditangkap oleh proses penalaran. Dalam menguraikan teori ini, Plato menyarankan bahwa fakta-fakta empiris akan keanekaragaman etika dan perbedaan di dunia tidak selalu menantang keabsahan kebenaran universal tersebut, karena keanekaragaman dan perbedaan pendapat tidak menghalangi kesimpulan dari beberapa pandangan yang benar dan pandangan lain yang salah.)

Dalam *Nicomachean Ethics*, Aristoteles menguraikan argumentasi tentang keberadaan ketertiban moral yang bersifat alamiah, yang harus menjadi dasar bagi seluruh sistem keadilan rasional. Kebutuhan atas sesuatu ketertiban alam kemudian diturunkan dalam serangkaian kriteria universal yang komperhensif untuk menguji legitimasi dari sistem hukum yang sebenarnya “buatan manusia”. Hukum alam sudah ada sebelum manusia mengenal konfigurasi sosial dan politik. Hal ini bermula dari kepercayaan akan eksistensi suatu kode moral alami yang didasarkan pada identifikasi terhadap kepentingan kemanusiaan tertentu yang bersifat fundamental, yang penikmatannya dijamin oleh hak-hak alamiah yang kita miliki. Hukum alam ini harus menjadi dasar dari sistem sosial dan politik yang dibentuk

⁹ Polly Vizard, “Antecedents of the Idea of Human Rights: A Survey of Perspectives”, *Human Development Report Office-UNDP*, 2000, hal. 2.

kemudian. Oleh karena itu, hak alamiah diperlakukan sebagai sesuatu yang serupa dengan hak yang dimiliki individu terlepas dari nilai-nilai masyarakat maupun negara. Dengan demikian hak alamiah adalah valid tanpa perlu pengakuan dari pejabat politisi atau dewan manapun.¹⁰

Pendukung teori hukum alam yang lain, Louis X menjelaskan:

“according to natural law, everyone is born free. As a result of certain traditions and customs which have been honored for a long time, and occasionally as a result of misconduct by their predecessors, many of our common people have fallen into a condition of servitude. In consideration of this fact and other conditions which displease us, we note that our kingdom has been called and named the realm of freemen, and we seek to bring the reality into conformity with the name and to improve the condition of the people.”¹¹

(terjemahan bebasnya: Menurut hukum alam, semua orang yang dilahirkan bebas. Sebagai hasil dari tradisi dan kebiasaan tertentu yang telah dihormati untuk waktu yang lama, dan kadang-kadang sebagai akibat dari pelanggaran yang dilakukan oleh para pendahulu mereka, banyak dari orang-orang biasa kami telah jatuh kedalam kondisi perbudakan. Dalam pertimbangan fakta ini dan kondisi lain yang tidak menyenangkan kami, kami mencatat bahwa kerajaan kami telah dipanggil dan diberi nama ranah orang bebas, dan kami berusaha untuk membawa realitas menjadi sesuai dengan nama dan untuk meningkatkan kondisi orang).

¹⁰ Rhona K.M. Smith (*et.al*), *Hukum Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta: PUSHAM UII, 2008), hal. 19.

¹¹ Blandine Kriegel, *Op.Cit.*, hal. 33.

2. Teori Kontrak Sosial

Penggagas teori ini adalah Thomas Hobbes (1588-1679), yang mengajarkan bahwa semua manusia itu memiliki sifat sama, yang dalam keadaan alamiah ingin mempertahankan kebebasannya dan kebebasan orang lain. Konflik dan pertikaian baru muncul ketika manusia harus melepaskan hak untuk bebas berbuat sekehendak sendiri dengan bersatu melalui perjanjian sosial (*du contract social/social contract*). Perjanjian ini bukan dibuat antara penguasa dan warga Negara, akan tetapi dibuat sendiri oleh warga Negara tersebut. Mereka bersepakat untuk membentuk penguasa atau pemerintah, yang berkewajiban mengusahakan perdamaian dan perlindungan warga Negara sehingga merasa aman. Setelah pemerintahan terbentuk maka hak-hak warga negara menjadi hilang dan warga negara tidak dapat memberontak.¹²

Tokoh lain dari teori kontrak sosial adalah John Locke. Dia mendasarkan teorinya dari hukum alam, sebagaimana dikutip Michael Freeman:

“...that men are naturally in a state of perfect freedom and equality, and on has natural right to freedom and equality. Locke actually wrote that men were naturally in a state of perfect freedom to order their actions, and dispose of their possessions and persons as they thought fit, “within the bounds of the law of nature”¹³

¹² Ahmad Samawi, *Pendidikan Hak Asasi Manusia*, (Jakarta: DIRJEN DIKTI KEMENDIKNAS RI, 2007), hal. 3

¹³ Michael Freeman, “The Problem Of Secularism in Human Rights Theory”, *Human Rights Quarterly*, Vol.26, 2004, hal. 387.

(terjemahan bebasnya: ... manusia secara alami dalam keadaan bebas yang sempurna dan setara, dan bahwa setiap orang memiliki hak alami untuk kebebasan dan kesetaraan. ... manusia secara alami dalam keadaan bebas yang sempurna untuk melakukan tindakan mereka dan membuang harta dan diri mereka, karena manusia berfikir yang pantas, “dalam batas-batas hukum alam.”

Namun yang membuat John Locke berbeda adalah bahwa hanya melalui suatu perjanjian sosial (*social contract*), perlindungan atas hak yang tidak dapat dicabut ini diserahkan kepada Negara. Meskipun begitu, apabila penguasa Negara mengabaikan kontrak sosial tersebut dengan melanggar hak-hak kodrati individu, maka rakyat bebas menurunkan penguasa dan menggantikannya dengan suatu pemerintah yang bersedia menghormati hak-hak tersebut.¹⁴

Tokoh lainnya adalah J.J. Rousseau. Menurutny manusia merupakan makhluk alamiah, sehingga hukum alam yang berlaku dalam masyarakat. Dalam keadaan alamiah manusia memiliki kemerdekaan, hak untuk hidup, serta hak milik. Hidup tiap orang tergantung kepada perlindungan undang-undang yang merupakan kehendak masyarakat. Undang-undang menentukan bahwa masyarakat memiliki keinginan umum berdasarkan suara terbanyak, yang diatur di dalam perjanjian masyarakat (*social contract*). Dalam perjanjian tersebut individu mempercayakan hak-haknya kepada masyarakat. Kewenangan untuk membuat peraturan perundang-undangan dalam Negara disepakati melalui

¹⁴ Rhona K.M. Smith (*et.al*), *Op.Cit.*, hal. 12.

suatu perjanjian antara penguasa dan rakyat. Perjanjian masyarakat itulah sebagai bentuk kehendak umum yang memberi perlindungan supaya hak-hak warga tak dilanggar oleh individu lainya.¹⁵

Dengan demikian, bisa dikatakan bahwa perjanjian sosial (*social contract*) menjadi pertukaran ke negara dari kemerdekaan alamiah, negara ataupun pemerintah terikat untuk memberi perlindungan hak-hak dimana tak bisa dicabut, antara lain hak untuk hidup dan kebebasan serta hak memperoleh kebahagiaan. Hak untuk hidup dan kebebasan merupakan hak-hak sipil dan politik, sedangkan hak memperoleh kebahagiaan merupakan hak ekonomi, sosial dan budaya.¹⁶

3. Teori Relativisme Budaya

Dalam teori ini dinyatakan bahwa tidak ada suatu hak asasi manusiapun yang bersifat universal, karena tradisi yang berbeda dari budaya dan peradaban membuat manusia menjadi berbeda, terkecuali ketika manusia mengalami keadaan desosialisasi atau dekulturasi.¹⁷

Gagasan tentang relativisme budaya mendalilkan bahwa kebudayaan merupakan satu-satunya sumber keabsahan hak atau kaidah moral, sehingga hak asasi manusia perlu dipahami dari konteks kebudayaan masing-masing Negara, karena semua

¹⁵ Ahmad Samawi, *Op.Cit.*, hal. 3-6.

¹⁶ Zainal Abidin, "Perlindungan Hak Asasi Manusia di Indonesia", dalam *Makalah-Pelatihan HAM bagi Panitia RANHAM Prov. Sumatra Barat*, Padang, 13 Juni 2013, hal. 5.

¹⁷ Bahder Johan Nasution, *Op.Cit.*, hal. 181-182.

kebudayaan mempunyai hak hidup serta martabat yang sama yang harus dihormati. Gagasan ini banyak diusung oleh Negara-negara berkembang dan Negara-negara Islam. Yang paling terkenal adalah Lee KwanYew, Menteri Senior Singapura, dan Mahathir Muhammad, mantan Perdana Menteri Malaysia.¹⁸

Menurut Lee Kwan Yew:

“di Asia Tenggara yang dicari itu tidak begitu berkaitan dengan demokrasi, melainkan dengan pemerintahan yang bertanggung jawab, yakni suatu kepemimpinan yang transparan dan tidak korup. Yang terlebih dahulu dicari oleh bangsa-bangsa di Asia adalah pembangunan ekonomi yang ditopang dengan kepemimpinan yang kuat, bukan memberikan kebebasan dan hak asasi manusia. Yang terakhir itu akan diberikan apabila Negara-negara di kawasan ini mampu menstabilkan pertumbuhan ekonomi dan memberi kesejahteraan kepada rakyat mereka.”¹⁹

Mahathir Mohammad menyatakan: “Saat kemiskinan dan tidak tersedianya pangan yang memadai masih merajalela, dan kebutuhan-kebutuhan dasar rakyat tidak terjamin, maka prioritas mesti diberikan kepada pembangunan ekonomi.”²⁰

4. Teori Hak Manusia dalam Islam

Pemikiran tentang Hak Asasi Manusia dalam Islam salah satunya berangkat dari konsep “*al-musaawaa*”(persamaan hak). Konsep kesetaraan yang menggap bahwa diskriminasi adalah suatu penyakit dalam tubuh umat manusia yang harus disembuhkan, yang timbul karena kegemaran dalam

¹⁸ Rhona K.M. Smith (*et.al*), *Op.Cit.*, hal. 20.

¹⁹ *Ibid.*, hal 21.

²⁰ *Ibid.*, hal. 22.

memperbudak dan memperkosa hak-hak asasi sesama manusia dan berbagai macam penindasan, dalam QS. An-Nisa : 1, yang artinya: “Wahai umat manusia ber-taqwalah kamu kepada Tuhan kamu yang menciptakan kalian dari diri yang satu.”

Adapun Allah SWT. Menciptakan manusia dengan berbagai jenis bangsa bukan dengan tujuan agar yang lebih kuat memperbudak dan memperkosa yang lemah, melainkan agar mereka saling mengenal, sebagaimana dalam QS. Al-Hujurat:13 :“Dan Kami (Allah) menciptakan kamu bermacam-macam bangsa dan berjenis-jenis qabilah agar kamu saling mengenal.”²¹

Menurut Hasbi Ash-Shiddieqy, masalah hak-hak asasi manusia tidaklah mungkin bebas dari pandangan-pandangan yang kontraditif, karena hal itu berkaitan dengan falsafah suatu Negara, sehingga memberikan penafsiran yang beragam dan bahkan bertentangan.²² Akan tetapi, dalam Islam penafsiran hak asasi manusia lebih seragam kerana sumbernya sama, yaitu Al-Quran dan Sunnah. Islam merupakan agama yang sangat menghormati dan memuliakan status ras manusia, seperti dalam (QS. 70:17): “Dan sesungguhnya Kami telah memuliakan anak Adam dan Kami angkat mereka di darat dan di laut, dan Kami rizkikan dengan makanan-makanan yang baik, dan Kami

²¹ Didi Nazmi, “Prinsip-prinsip Hak asasi Manusia dalam Paradigma Islam”, dalam Eko Riyadi (et.al.). *Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia (Kajian Multi Perspektif)*, (Yogyakarta: PUGHAM UII Yogyakarta, 2007), hal. 7

²² *Ibid.*, hal. 8

utamakan mereka dari pada kebanyakan makhluk Kami yang lain.”

Dengan ayat tersebut dapat disimpulkan tiga kemuliaan yang dianugerahkan Allah kepada manusia tanpa melihat etnis, agama dan aspirasi politik, yaitu:

- a. Kemuliaan pribadi (*karamah fardiyah*); pemeliharaan individu manusia, baik maknawi maupun materil;
- b. Kemuliaan masyarakat (*karamah ijtimai'iyah*), jaminan status persamaan manusia secara penuh; dan
- c. Kemuliaan politik (*karamah siyasah*), pemberian hak-hak politik kepada manusia untuk memilih atau dipilih, karena manusia merupakan khalifah Allah SWT. di muka bumi.²³

Disamping itu, menurut Joshua Cohen, yang membedakan antara hak asasi manusia menurut Islam dengan yang lain adalah:

*“... person are not conceived of as in the first instance members of groups or acommunity. Instead, individuals themselves are the ultimate locus of responsibility and accountability: “ and fear the day when you shall be brought back to Allah. Then shall every soul be paid what it earned, and none shall be dealt with unjustly.”*²⁴

(terjemahan bebasnya: ... orang tidak dipahami sebagai dalam contoh anggota pertama dari kelompok atau komunitas. Sebaliknya, individu itu sendiri adalah fokus utama dari tanggung jawab dan akuntabilitas: “Dan takutlah pada hari ketika kamu akan dibawa kembali ke Allah. Kemudian masing-masing pribadi harus dibayar apa yang diterima, dan tidak akan dizalimi.”

²³*Ibid.*, hal. 9.

²⁴ Joshua Cohen, “Minimalism About Human Right: The Most We Can Hope For?”, *The Journal of Political Philosophy*: Volume 12, Number 2, 2004, hal. 207.

Selanjutnya, dalam kaitannya dengan hak terdapat tiga lapisan hak menurut Islam, yaitu;

- 1) Hak *dzararat* (hak dasar), yaitu hak yang jika dilanggar bukan hanya membuat manusia sengsara tetapi juga menghilangkan eksistensinya, bahkan menghilangkan harkat kemanusiaannya, semisal hak hidup dan hak berpikir.
- 2) Hak *ta'ziat* (hak sekunder), yaitu hak-hak yang bila tidak dipenuhi maka berakibat hilangnya hak-hak dasar.
- 3) Hak *tersier* (komplementer), yaitu hak yang tingkatannya lebih rendah dari hak dasar dan sekunder.²⁵

Pembagian tiga lapis tersebut menjadi penting dalam kaitannya dengan hak mana yang perlu didahulukan dan tidak. Hak-hak ini dihirarkikan agar diperoleh perlindungan yang proporsional, semisal orang-orang yang melanggar hak *dzararat* (hak dasar) maka dosanya besar, dalam logika hukum Islam²⁶

Dari teori-teori hak asasi manusia di atas, maka penulis memilih teori *Social Contract* yang dikemukakan oleh J.J. Rousseau sebagai pisau analisis, bahwa manusia merupakan makhluk alamiah, maka yang berlaku dalam masyarakat adalah hukum alam. Dalam kondisi ini manusia memiliki hak hidup dan hak milik. Dalam hidupnya manusia tergantung kepada perlindungan peraturan perundang-undangan yang merupakan keinginan masyarakat. Menurut undang-undang masyarakat memiliki keinginan bersama sesuai keinginan

²⁵ Didi Nazmi, *Op.Cit.*, hal. 10.

²⁶ *Ibid.*, hal. 11.

mayoritas, yang dituangkan ke dalam perjanjian masyarakat (*social contract*). Dalam perjanjian ini warga mendelegasikan hak-haknya kepada masyarakat. Kewenangan untuk membuat peraturan perundang-undangan pada suatu negara disepakati melalui suatu perjanjian antara penguasa dan rakyat. Perjanjian masyarakat ini merupakan bentuk kehendak umum yang memberi perlindungan agar hak-hak individu tak dilanggar oleh individu lain.

Teori hak asasi manusia dari J.J. Rousseau ini digunakan untuk menganalisa rumusan masalah yang pertama.

2.1.2 Teori Keadilan

Kata “adil” dalam bahasa Indonesia berasal dari bahasa Arab “*al-adl*” yang artinya sesuatu yang baik, sikap yang tidak memihak, penjagaan hak-hak seseorang dan cara yang tepat dalam mengambil keputusan. Untuk menggambarkan keadilan juga digunakan kata-kata yang lain (sinonim) seperti *qisth*, *hukm*, dan sebagainya. Sedangkan akar kata ‘*adl*’ dalam berbagai bentuk konjugatifnya bisa saja kehilangan kaitannya yang langsung dengan sisi keadilan itu.²⁷

Dalam bahasa Inggris kata keadilan sama dengan *justice*, yaitu:

*“justice is (1) fairness; (2) moral rightness; (3) a scheme or of system of law in which every person receives its, including all rights, both natural and legal.”*²⁸

(terjemahan bebasnya: Keadilan adalah: (1) kewajaran/ kejujuran; (2) kebenaran moral; (3) suatu skema atau sistem

²⁷Ali Safaat, “Pemikiran Keadilan (Plato, Aristoteles dan John Rawls)”, <http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-aristoteles-dan-john-rawls/>, 08/05/2013.

²⁸ Admin, “Justice”, <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/justice>, 20/04/2015.

hukum dimana setiap orang menerimanya, termasuk semua hak baik alam dan hukum).

Kata keadilan juga berasal dari bahasa Latin *iustitia*, yang memiliki tiga makna yang berbeda, yaitu:

- a. Secara atributif berarti suatu kualitas yang adil atau fair (*justness*)
- b. Sebagai tindakan berarti tindakan menjalankan hukum atau tindakan yang menentukan hak dan ganjaran atau hukum (*judicature*)
- c. Orang, yaitu pejabat publik yang berhak menentukan persyaratan sebelum suatu perkara dibawa ke pengadilan (*judge, jurist, magistrate*).²⁹

Dialektika hukum dan keadilan adalah permasalahan lama dan selalu menarik. Hal ini dikarenakan, pada dasarnya manusia selalu memerlukan keadilan, kebenaran dan hukum, karena hal itu merupakan nilai dan kebutuhan azasi bagi masyarakat manusia yang beradab. Keadilan adalah milik dan untuk setiap orang dan semua masyarakat, sehingga tidak adanya keadilan akan menimbulkan kehancuran dan kekacauan eksistensi masyarakat itu sendiri.³⁰

Dalam kenyataannya, hukum sering kali bertentangan dengan nilai keadilan, sehingga menimbulkan pertanyaan “bagaimana kaitan antara hukum dan keadilan”, serta “bagaimana hukum sebagai perangkat masyarakat modern untuk menciptakan kehidupan

²⁹ Ali Safaat, *Pemikiran Keadilan*, OpCit

³⁰ M. Shodiqon Prabowo, “Refleksi Filsafat Hukum: Menilik Orientasi Nilai Keadilan Sosial”, *Makalah Filsafat Hukum*, Magister Ilmu Hukum UII Yogyakarta, hal. 2.

masyarakat dan melaksanakan kebijakan dapat dipakai untuk tujuan keadilan sosial.”³¹ Hal ini tidak lepas adanya pribahasa Latin: *fiat justisia et pereat mundus (ruat coelom)*; yang artinya; hukum yang berkeadilan harus dilaksanakan sekalipun dunia harus kiamat (sekalipun langit runtuh karenanya).³² Pribahasa tersebut menyiratkan suatu komitmen yang sangat tinggi untuk mewujudkan keadilan di dalam kehidupan bersama, yang memiliki kehendak kuat untuk menyajikan seperangkat teks keadilan berdasarkan cita-cita hukum suatu bangsa. Dalam rangka meletakkan fondasi konseptual, keadilan selalu dipaksa untuk beradaptasi dengan struktur sosial dan karakteristik problem sosialnya. Disinilah hukum menjadi sangat dinamis dalam mewujudkan keadilan sebagai hasil akhir dari nilai yang diperjuangkan.³³

Dalam perjalanannya terdapat beberapa teori keadilan, antara lain:

1. Teori Keadilan Plato

Plato adalah seorang pemikir idealis abstrak yang mengakui kekuatan-kekuatan di luar kemampuan manusia sehingga pemikiran irasional masuk dalam filsafatnya. Menurutnya, keadilan sebagai sifat sejati manusia, sehingga dia mengatakan, sebagaimana dikutip Shagufta Begum:

³¹ *Ibid.* hal. 5.

³² Abdul Ghofur Anshori dan Sobirin Malian, *Membangun Hukum Indonesia*, (Yogyakarta: Kreasi Total Media, 2008) hal. 87.

³³ M. Shodiqon Prabowo, *op.cit.*, hal.5.

*“justice is virtue and wisdom and ... injustice is vice and ignorance. ... Those who are all bad and completely unjust are completely incapable of accomplishing anything”.*³⁴

(terjemahan bebasnya: Keadilan adalah kebajikan dan kebijaksanaan. ... sedangkan ketidakadilan adalah perbuatan jahat dan suatu kebodohan. ... Mereka yang semuanya buruk dan benar-benar tidak adil maka benar-benar tidak mampu mencapai apa pun).

Shaguftan Begum menambahkan:

“Plato is convinced of the inequality of man by nature, God has made each of us different from other both physically and mentally ... Plato insists that should perform the duty which has been assigned to him. Only then we can attain harmony among us and harmony leads awards justice. Therefore, justice is:

- a. Justice is doing one's own job which one has been assigned*
- b. Justice is harmony.*³⁵

(terjemahan bebasnya: “Plato yakin dari ketidaksetaraan manusia oleh alam, Tuhan telah membuat kita masing-masing berbeda dari orang lain baik secara fisik dan mental.... Plato menegaskan bahwa seseorang harus melakukan tugas yang telah diberikan kepadanya. Hanya dengannya, kita dapat mencapai keharmonisan antara kita, dan keharmonisan ini bisa mengarah menuju keadilan. Oleh karena itu, keadilan adalah:

- a. Keadilan adalah melakukan pekerjaan sendiri yang telah ditetapkan.
- b. Keadilan adalah harmoni).

Keadilan menurut Plato merupakan pernyataan kelas, karena idealisme keadilan akan tercapai jika dalam kehidupan semua individu dari masyarakat dapat menempatkan dirinya pada

³⁴Shagufta Begum, “Plato’s Concept of Justice and Current Political Scenario in Pakistan”, *International Journal of Humanities and Social Science*, Vol. 3 No. 11; June 2013, p.77.

³⁵*Ibid.*, hal. 78.

proposisi masing-masing dan bertanggung jawab penuh terhadap tugas mereka, tanpa mencampuri urusan dan tugas kelompok lain. Pembuat peraturan harus menempatkan posisi setiap kelompok masyarakat yang sesuai dan jelas. Dengan demikian, keadilan sangat terkait dengan peran dan fungsi individu dalam masyarakat. Juga, Plato membentuk manusia dalam kotak-kotak kelompok, dimana peran satu kelompok tidak dapat menyeberang ke kelompok yang lain. Keadilan hanya akan terwujud ketika individu menyadari status sosial dan tugasnya sebagai bagian dari kelompok mereka.³⁶

2. Teori Keadilan Aristoteles

Pemikiran Aristoteles tentang keadilan banyak terdapat dalam *Nicomachean Ethics*, *Politics*, dan *Rhetoric*, yang menjelaskan bahwa keadilan merupakan inti dari filsafat hukum, “karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan”.³⁷ Keadilan merupakan bagian dari pemikiran Hukum Alam, karena gagasan umum tentang apa yang adil menurut kodratnya dan apa yang adil itu harus sesuai atau menurut keberlakuan hukumnya.³⁸

³⁶ Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum: Sejarah, Aliran dan Pemaknaan*, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2006), hal. 46.

³⁷ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, (Bandung: Nuansa dan Nusamedia, 2004), hal.24

³⁸ Inge Dwisvimiar, “Keadilan Dalam Perspektif Filsafat Ilmu Hukum”, *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 11No. 3 September 2011, hal. 506

Simona Vieru menjelaskan, bahwa dalam bidang politik Aristoteles membagi dua jenis keadilan:

“Aristoteles divided political’ justice into natural’ and ‘conventional’ justice. Aristoteles, the content of ‘natural justice(or universal law) is set by nature, which renders it immutable and valid in all communities. In contrast, ‘conventional’ justice comprises rules devised by individual communities to serve their needs. Aristotle argued ‘conventional’ and is subject to change (depending on the form of government),and is therefore subordinate to ‘natural’ justice.”³⁹

(terjemahan bebasnya: Aristoteles membagi keadilan politik dalam keadilan “alami” dan “konvensional”. Menurut Aristoteles, isi “keadilan alami” (atau hukum universal) diatur oleh alam, yang menjadikan itu kekal dan berlaku disemua komunitas. Sebaliknya, “keadilan konvensional” terdiri aturan yang dibuat oleh masing-masing komunitas untuk melayani kebutuhan mereka. Aristoteles berpendapat “keadilan konvensional” dapat berubah (tergantung pada bentuk pemerintahan), dan karena itu sub-ordinat dari “keadilan alami.”)

Menurut Aristoteles, keadilan harus dipahami sebagai suatu kesamaan yang terdiri dari:

- a. Kesamaan numerik, yaitu kesamaan setiap manusia sebagai satu unit, semisal bahwa semua warga Negara adalah sama kedudukannya didepan hukum.
- b. Kesamaan proporsional, yaitu kesamaan dalam memberi setiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuan dan prestasi.⁴⁰

³⁹Simona Vieru, “Aristotle’s Influence on The Natural Law Theory of St. Thomas Aquinas”, *The Western Australian Jurist*, Vol. 1, 2010, hal. 117.

⁴⁰ Carl Joachim Friedrich, *Op.Cit.*.hal. 25

Selanjutnya Simona Vieru menjelaskan:

“...Aristoteles indentified a further two types of justice: distributive and corrective. ... distributive justice involves allocating common property propotionally to individuals on the basis of merit. Corrective justice serve to redress any unfairness which may result from private transactions that violate an individual’s property rights or other rights. Whilst distributive justice promotes proportionate equality within society, corrective justice deals whith the administration of the law through a judge or mediator.”⁴¹

(terjemahan bebasnya: ... Aristoteles mengidentifikasi lebih lanjut dua jenis keadilan, yaitu distributif dan korektif. ... Keadilan distributif melibatkan alokasi milik umum secara proposional kepada individu atas dasar kepatutan. Keadilan korektif berfungsi untuk memperbaiki setiap ketidak adilan yang mungkin timbul dari transaksi pribadi yang melanggar hak milik individu atau hak-hak lainnya. Sementara keadilan distributif menawarkan kesetaraan proporsional dalam masyarakat, sedangkan penawaran keadilan korektif adalah dengan administrasi hukum melalui hakim atau mediator).

3. Teori Keadilan Thomas Aquinas

Thomas Aquinas, sebagai penerus filsafat ala Aristoteles sampai tingkat tertentu, membedakan empat macam hukum, yaitu: (1) *lex actena* (hukum abadi yang dimiliki Tuhan), (2) *lex naturalis* (hukum Tuhan yang secara alamiah diletakkan dalam setiap ciptaan), dan (3) *lex humana* (hukum positif hasil ciptaan manusia).⁴² Konsep keadilan Aquinas dipengaruhi oleh nilai dan ajaran moral agama yang dianutnya, sehingga semua doktrinnya harus datang di bawah petunjuk dan bimbingan Kristen. Oleh

⁴¹ Simona Vieru, *Op.Cit.* hal. 117.

⁴² Andre Ata Ujan, *Filsafat Hukum: Membangun Hukum, Membela Keadilan*, (Yogyakarta: 2009), hal. 42

karena itu, pandangan ajaran etika dan keadilan bersifat filosofis dogmatis teologis.⁴³

Keadilan menurut Aquinas, sebagaimana dikutip John Wehrly:

*justice is a virtue; and a virtue is a disposition in a human being's will that inclines him to act rightly.*⁴⁴

(terjemahan bebasnya: keadilan adalah kebajikan; dan kebajikan adalah disposisi dalam kehendak manusia yang condong untuk bertindak benar.)

Lebih jelasnya, Aquinas mengatakan, sebagaimana dikutip Thomas J. Bushack:

*"Now it is evident that all who are included in a community, stand in relation to that community as part to a whole; while a part, as such, belongs to a whole, so that whatever is the good of the part can be directed to the good of the whole. It follows therefore that the good of any virtue, whether such virtue direct man in relation to certain other individual persons, is referable to the common good, to which justice direct: so that all acts of virtue can pertain to justice is called a general virtue. ... the justice which is in this way styled general, is called legal justice, because there by man is in harmony with the law which directs the acts all the virtues to the common good."*⁴⁵

(terjemahan bebasnya: sekarang jelas bahwa semua yang termasuk dalam sebuah komunitas, berdiri dalam kaitannya dengan komunitas sebagai bagian untuk keseluruhan; sementara bagian, seperti, milik keseluruhan, sehingga apa pun merupakan kebaikan dari bagian yang dapat diarahkan untuk kebaikan dari keseluruhan. Oleh karena itu, kebaikan

⁴³ Ach. Tahir, "Problematisa Hakim dalam Menghadapi Antinomi", *Supremasi Hukum*, Vol. 1, No. 1, Juni 2012, hal. 147

⁴⁴ John Wehrly, "Conservative Social Justice", *Univ. Of St. Thomas, Journal Of Law & Public Policy*, Vol. 3. No. 1, Spring 2009, hal. 113

⁴⁵ Thomas J. Bushack, *Justice in Theology of Thomas Aquinas: Rediscovering Civic Virtue*. (Indiana: Dissertation-Graduate Program in Theology Notre Dame, Indiana, 2011), hal. 170.

semua kebajikan, baik kebajikan seseorang yang langsung dalam hubungannya dengan dirinya sendiri, atau dalam hubungannya dengan dirinya sendiri, atau dalam hubungannya dengan orang-orang tertentu selain dia, adalah kemampuan merujuk untuk kebaikan bersama, yang mengarahkan pada keadilan, sejauh dia mengarahkan manusia untuk kebaikan bersama. Hal ini dalam pengertian bahwa keadilan disebut kebajikan umum. ... keadilan yang bersifat general ini disebut keadilan hukum, karena dengan demikian manusia selaras dengan hukum yang mengarahkan tindakan semua kebajikan untuk kebaikan bersama.)

Selanjutnya, John Wehrly menjelaskan klasifikasi keadilan menurut Aquinas:

“Thomas also makes a distinction between two species of justice: communitative and distributive. Communitative justice regulates mutual exchanges between two individual persons. Distributive justice regulates the relationship of a whole to its parts (e.g., a polis to its citizens), and generally it refers to the just distribution of common goods to individual members. “Just” here is determined “geometrically,” which means that common goods ought to be distributed proportionately, according to the contribution that each member made to the common good of the whole.”⁴⁶

(terjemahan bebasnya: Thomas juga membagi antara dua jenis keadilan: komutatif dan distributif. Keadilan komutatif mengatur tentang pertukaran timbal balik antara dua orang individu. Keadilan distributif mengatur hubungan keseluruhan untuk bagian-bagiannya (misalnya, polis untuk warganya), dan umumnya mengacu pada distribusi barang umum anggota individu. “hanya” disini ditentukan secara geometris berarti bahwa barang-barang umum harus dibagikan secara *proporsional*, sesuai dengan kontribusi masing-masing anggota yang dilakukan untuk kebaikan bersama secara keseluruhan).

⁴⁶ John Wehrly, *Op.Cit.*, hal. 114.

4. Teori Keadilan Islam

Definisi keadilan menurut Sayid Qutb, sebagaimana dikutip Husin Anang Kabalmay, merupakan sebuah sikap yang absolut, dimana tak condong pada cinta atau marah, tidak merubah beberapa peraturan yang disebabkan oleh kasih sayang ataupun benci. Adil tak memberi pengaruh pandangan dikarenakan pendapat-pendapat kekeluargaan, tak menimbulkan kebencian diantara kaum-kaum. Tidak membedakan manusia karena bangsanya, keturunannya, kekayaannya, kedudukannya dan sebagainya. Namun satu sama lain diperlukan secara sama.⁴⁷

Keadilan dalam diskursus Al-Qur'an menurut Khaled Abou El Fadl adalah:

*“in the Qur’anic discourse, justice is asserted as an obligation owed to dog and also owed by human beings to one another. In addition, the imperative of justice is tied to the obligations of enjoining the good and forbidding the evil and the necessity of bearing witness on God’s behalf. ... Importantly, a large number of muslim jurists argued that god created human beings weak and in need of cooperating with others in order to limit their ability to commit injustice. Furthermore, God created human beings diverse and different from each other so that they will need each other, and this need will cause them further to augment their natural tendency to assemble and cooperate in order establish justice.”*⁴⁸

(terjemahan bebasnya: Dalam diskursus Al-Quran, keadilan menegaskan sebagai kewajiban kepada Allah dan juga kewajiban manusia pada sesamanya. Selain itu,

⁴⁷ Husin Anang Kabalmay, “Keadilan Sayid Qutub Keadilan Sebagai Tujuan Hukum (Suatu Kajian Filsafat)”, *Tahkim*, Vol. VI No. 1, Februari 2010, hal. 24.

⁴⁸ Khaled Abou El Fadl, “The Human Right Commitment in Modern Islam”, Zainah Anwar (ed.al), *Wanted: Equality and Justice in the Muslim Family*. (Selangor: Musawah- SIS Forum Malaysia, 2009), hal. 144.

perintah keadilan adalah terkait dengan kewajiban memerintahkan yang baik dan melarang yang jahat dan perlunya kesaksian atas nama Tuhan. ...Yang penting, sejumlah besar ahli hukum Islam berpendapat bahwa Allah menciptakan manusia dalam keadaan lemah dan perlu bekerja sama dengan orang lain demi untuk membatasi mereka untuk melakukan ketidakadilan. Selanjutnya, Allah menciptakan manusia beragam dan berbeda satu sama lain agar mereka saling membutuhkan, dan dengan kebutuhan ini lebih lanjut akan mendorong mereka meningkatkan kecenderungan alami untuk berkumpul dan bekerja sama dalam rangka membangun keadilan).

Disamping itu, Islam mendeskripsikan keadilan sebagai suatu perintah yang lebih tinggi karena tidak hanya memberikan hak pada setiap orang, akan tetapi juga sebagai rahmat, sedangkan berlaku adil dianggap sebagai langkah menuju ketakwaan, sebagaimana dalam QS. Al-MAidah: 8 yang artinya:

“Hai Orang-orang yang beriman, hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku *adil* lah karena adil itu lebih dekat kepada takwa. Dan bertakwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.”

Hukum dibuat dan ditetapkan agar orang yang berada di bawah naungannya menikmati dan merasakan keadilan. Keadilan merupakan tujuan yang paling mendasar dari hukum. Dalam hukum Islam keadilan yang dicapai harus mengacu pada pedoman pokok agama Islam, yaitu Al-Quran dan Hadis. Dengan demikian, tujuan keadilan melalui hukum harus berawal dari dua segi karena pedoman Islam adalah Al-Quran dan Hadis. Keadilan

bermuara pada dua segi, karena tujuan akhirnya terbentuknya suatu sistem hukum universal yang berorientasi pada keadilan terhadap manusia (*makhluq*) dan keadilan kepada Allah (*Khaliq*). Keadilan bagi manusia mengarah pada berbagai definisi keadilan yang memungkinkan terjadinya perbedaan antara satu masyarakat dengan yang lain sebagai fleksibilitas produk keadilan dan heterogenitas manusia dan lingkungannya. Sedangkan keadilan kepada Allah sesuai dengan proporsi-Nya sebagai Tuhan, sehingga kegiatan manusia dalam upaya formulasi hukum juga harus tetap berada dalam koridor ibadah kepada-Nya⁴⁹

Menurut Azhar Basyir, sebagaimana dikutip Abdul Ghofur Anshori, keadilan yang harus ditegakkan meliputi empat jenis, yaitu:

- a. Keadilan pribadi, dalam artian setiap individu berkewajiban untuk memenuhi standar kebutuhan pribadinya, baik jasmaniah maupun rohaniah
- b. Keadilan hukum, yaitu keadilan setiap individu di depan hukum
- c. Keadilan sosial, yaitu individu sebagai anggota masyarakat mempunyai hak dan kewajiban yang harus dipenuhi secara berimbang.

⁴⁹ Abdul Ghofur Anshori, *Op.Cit.*, hal. 63-63

- d. Keadilan dunia, yaitu keadilan hubungan antara Negara di dunia berdasarkan prinsip kebersamaan dan kesamaan hak dan kewajiban.⁵⁰

5. Teori Keadilan John Rawls

John Rawls merupakan filosof Amerika akhir abad ke-20 yang memperkenalkan teori keadilan melalui karyanya *A Theory of justice*, yang menjadi rujukan ilmu filsafat, ekonomi, dan politik. Oleh karenanya Rawls dianggap sebagai salah seorang yang memberi pengaruh pemikiran cukup besar terhadap diskursus nilai-nilai keadilan hingga saat ini.⁵¹

John Rawls menyatakan bahwa gagasan keadilannya merupakan kelanjutan dari teori kontrak sosial John Locke, Rousseau, dan Kant dengan mengatakan:

*“What I have attempted to do generalize and carry to a higher order of abstraction the traditional theory of the social contract as represented by Locke, Rousseau, and Kant.”*⁵²

(terjemahan bebasnya: Bahwa usaha yang saya lakukan adalah untuk menggeneralisasi dan membawa ketatanan yang lebih tinggi dari abstraksi teori tradisional “Kontrak Sosial” yang diajukan oleh Locke, Rousseau, dan Kant).

Tentang pentingnya keadilan, Rawls menyatakan:

“Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought. A theory elegant and economical must be rejected or revised if it is untrue; like wise laws

⁵⁰ *Ibid.*, hal. 66.

⁵¹ Vania Dianty, “Manusia dan Keadilan”, <http://vaniaibd.blogspot.no/2013/01/manusia-dan-keadilan.html>, 08/05/2013.

⁵² John Rawls, *A Theory of Justice: Revised Edition*. (Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999), hal. xviii.

and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust. Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. For this reason justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others."⁵³

(terjemahan bebasnya: keadilan adalah kebajikan pertama dari lembaga sosial, sebagaimana kebenaran adalah suatu sistem pemikiran. Sebuah teori meskipun elegan dan ekonomis harus ditolak atau revisi jika itu tidak benar; begitu juga hukum dan lembaga, tidak peduli seberapa efisien dan diatur dengan baik, harus direformasi atau dihapuskan jika mereka tidak adil. Setiap orang memiliki hak dimana tak dapat diganggu gugat yang berlandaskan keadilan, bahkan kesejahteraan masyarakat secara keseluruhan tidak dapat menyentuhnya. Dengan alasan ini, maka keadilan menyangkal "hilangnya kebebasan untuk beberapa orang yang dibuat benar demi kebaikan bersama oleh orang lain").

Bahkan menurut Rawls:

*"Now let us say that a society is well-ordered when it is not only designed to advance the good of its members but when it is also effectively regulated by a public conception of justice. That is, it is a society in which (1) everyone accepts and knows that the others accept the same principles of justice, and (2) the basic social institutions generally satisfy and are generally known to satisfy these principles, they nevertheless acknowledge a common point of view from which their claims may be adjudicated."*⁵⁴

(terjemahan bebasnya: Sekarang mari kita mengatakan bahwa masyarakat yang tertata baik jika tidak hanya dirancang untuk memajukan kebaikan anggotanya, akan tetapi juga diatur secara efektif oleh konsepsi keadilan masyarakat. Artinya, bahwa hal itu adalah masyarakat

⁵³*Ibid.*, hal. 3.

⁵⁴*Ibid.*, hal. 4.

yang (1) setiap orang menerima dan tahu bahwa orang lain menerima prinsip-prinsip yang sama tentang keadilan, dan (2) lembaga-lembaga sosial yang mendasar umumnya memuaskan dan umumnya dikenal untuk memenuhi prinsip-prinsip ini. Meskipun dalam hal ini, terdapat beberapa orang yang mungkin mengajukan tuntutan yang berlebihan pada yang lain, tetapi mereka tetap mengakui standar umum dari pandangan tuntutan mereka akan diputuskan).

Dalam teorinya, Rawls berpendapat bahwa ada dua langkah penting untuk terciptanya keadilan, yaitu (1) perlunya posisi asli dan (2) lembaga yang menjalankan:

“The primary subject of the principles of social justice is the basic structure of society, the arrangement of major social institutions into one scheme of cooperation. We have seen that these principles are to govern the assignment of right and duties in these institutions and they are to determine the appropriate distribution of the benefits and burdens of social life.”⁵⁵

(terjemahan bebasnya: Tema utama dari prinsip-prinsip keadilan sosial adalah struktur dasar masyarakat, penataan lembaga sosial utama dalam satu skema kerjasama. Kita telah melihat bahwa prinsip-prinsip ini untuk mengatur pengalihan hak dan kewajiban di lembaga ini dan mereka menentukan distribusi yang tepat dari manfaat dan beban kehidupan sosial.)

Selanjutnya:

“now by an institution I shall understand a public of rules which defines offices and positions with their right and duties, powers and immunities, and the like. These rules specify certain forms of action as permissible, others as forbidden; and they provide for certain penalties and defenses, and so on, when violations occur.”⁵⁶

⁵⁵*Ibid.*, hal. 47

⁵⁶*ibid.* hal. 48.

(terjemahan bebasnya: sekarang, dengan lembaga, aku akan memahami, bahwa sistem publik dari aturan-aturan yang mengilustrasikan kantor dan posisi dengan hak-hak mereka dan tugas, wewenang dan kekebalan, dan sejenisnya. Aturan-aturan ini menentukan jenis-jenis tertentu dari tindakan, seperti diperbolehkan, orang lain dilarang; dan mereka memberikan sanksi tertentu serta pertahanan ketika pelanggaran terjadi.)

Bagi Rawls, prinsip-prinsip keadilan merupakan kesepakatan yang dibuat oleh pihak-pihak yang berada dalam posisi asli yang berangkat dari dua hipotesis, yaitu:

*“First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone, advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.”*⁵⁷

(terjemahan bebasnya: ... pertama: setiap orang memiliki hak yang sama untuk skema paling luas dari kebebasan dasar yang sama kompatibel dengan skema yang sama bebasnya bagi orang lain. Kedua: kesenjangan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga mereka berdua(a) cukup diharapkan untuk keuntungan semua orang, dan (b) melekat pada posisi dan kedudukan untuk semua).

Selanjutnya, John Rawls menjelaskan teori keadilan sosial sebagai *the difference principle* dan *the principle of fair equality of opportunity*, dengan mengatakan:

*according to the difference principle, it is justifiable only if the difference in hope is to the benefit of the representative man who is worse off, in this case the representative unskilled worker.*⁵⁸

(terjemahan bebasnya: Menurut *difference principle*, hal tersebut dibenarkan jika perbedaan harapan hanya

⁵⁷*Ibid.*, hal. 53.

⁵⁸*Ibid.*, hal. 67.

diperuntukkan untuk keuntungan dari pihak-pihak yang lebih buruk/lemah, dalam hal ini pihak pekerja tidak trampil).

Selanjutnya:

*“The role of the principle of fair opportunity is to insure that the system of cooperation is one of pure procedural justice. Unless it is satisfied, distributive justice could not be left to take care of itself. Even within a restricted range. Now the practical advantage of pure procedural justice is that it is no longer necessary to keep track of the endless variety of circumstances and the changing relative positions of particular persons.”*⁵⁹

(terjemahan bebasnya: peran dari *the difference of fair oportuinty* adalah untuk memastikan bahwa sistem kerja sama adalah salah satu keadilan prosedural murni. Kalau tidak memuaskan, maka keadilan distributif tidak bisa dibiarkan mengurus dirinya sendiri, bahkan dalam kisaran terbatas. Sekarang keuntungan praktis dari keadilan prosedural murni adalah bahwa hal itu tidak lagi diperlukan untuk melacak berbagai jenis keadaan dan posisi perubahan relatif dari orang-orang tertentu.)

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa *the difference principle* adalah perbedaan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga memberikan manfaat yang besar bagi mereka yang paling kurang beruntung. Sedangkan *the principle of fair equality of opportunity* menunjukkan bahwa mereka yang paling kurang berpeluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapat dan otoritas, maka mereka inilah yang harus diberi perlindungan khusus. Ini berarti bahwa keadilan sosial harus diperjuangkan untuk melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi kesenjangan yang diderita oleh

⁵⁹*Ibid.*, hal. 76.

golongan yang lemah dengan membentuk lembaga-lembaga masyarakat, ekonomi, dan politik yang memperdayakan. Disamping itu, juga agar setiap aturan harus memposisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan korektif bagi ketidakadilan yang dialami oleh kaum lemah.

Dari teori-teori keadilan di atas, maka peneliti memilih teori yang dikemukakan oleh John Rawls sebagai pisau analisis, bahwa sebuah peraturan harus ditolak atau direvisi jika tidak benar. Demikian pula hukum dan lembaga harus direformasi atau dihapuskan jika tidak adil walau telah diatur dengan baik.

Setiap orang memiliki hak yang tak dapat diganggu gugat sesuai dengan keadilan, bahkan kesejahteraan masyarakat secara keseluruhan tidak dapat menyentuhnya. Berdasarkan hal ini, maka demi keadilan, kebebasan orang boleh dirampas untuk kebaikan bersama.

Selain itu juga digunakan teori dari John Rawls yang mengatakan bahwa perbedaan sosial dan ekonomi seharusnya memberi manfaat bagi mereka yang paling kurang beruntung. Mereka ini seharusnya diberi kesempatan untuk mendapatkan kesejahteraan, dan seharusnya diberi perlindungan. Ini berarti bahwa keadilan sosial harus diperjuangkan untuk memperbaiki kondisi ketidakadilan yang dialami kaum lemah. Setiap aturan yang dibuat harus menjadi pemandu untuk mengatasi ketidakadilan yang dialami oleh kaum lemah.

Teori keadilan dari John Rawls yang memihak pada korban sebagai pihak yang lemah ini digunakan untuk menganalisa rumusan masalah yang pertama.

2.1.3 Teori Kebijakan Kriminal

Kebijakan (*policy*) adalah sebuah instrumen pemerintahan, bukan saja dalam arti *government* yang hanya menyangkut aparatur Negara, melainkan pula *governance* yang menyentuh pengelolaan sumber daya publik. Kebijakan merupakan keputusan-keputusan atau pilihan-pilihan yang secara langsung mengatur pengelolaan dan pendistribusian sumber daya alam, keuangan dan sumber daya manusia untuk kepentingan publik, yakni ; rakyat banyak, penduduk, masyarakat atau warga negara. “Kebijakan merupakan hasil dari adanya sinergi, kompromi atau bahkan kompetisi antara berbagai gagasan, teori, ideologi dan kepentingan-kepentingan yang mewakili sistem politik suatu Negara.”⁶⁰

Untuk mengerti ruang lingkup dan pokok bahasan kebijakan, ada baiknya jika dikemukakan terlebih dahulu makna istilah dan pengertian kata tersebut.⁶¹

Brian W. Hogwood dan Lewis A. Gunn, setelah melakukan studi yang cukup lama, kedua pakar ini berhasil mengelompokkan istilah itu ke dalam sembilan macam yaitu:

⁶⁰ Suharto, *Analisis Kebijakan Publik, Panduan Praktis Mengkaji Masalah dan Kebijakan Sosial*. Alfabeta. Bandung, 2006, dalam Edi Suharto, *Kebijakan Sosial sebagai Kebijakan Publik*, Alfabeta, Bandung, 2007, hal. 18.

⁶¹ Hogwood dan Gunn, 1986, dalam Solichin Abdul Wahab, *Pengantar Analisis Kebijakan Publik*, UPT Penerbitan Universitas Muhammadiyah Malang, 2008, hal. 18.

1. *Policy as a label for a field of activity*
2. *Policy as an Expression of Purpose or desired State of Affairs*
3. *Policy as formal Authorization*
4. *Policy as Programme*
5. *Policy as Output*
6. *Policy as Outcome*
7. *Policy as a Theory or Model*
8. *Policy as process.*⁶²

(terjemahan bebasnya adalah sebagai berikut :

1. Kebijakan sebagai sebuah lebel atau merk bagi suatu bidang kegiatan pemerintah
2. Kebijakan sebagai suatu pernyataan mengenai tujuan umum atau keadaan tertentu yang dikehendaki
3. Kebijakan sebagai usulan khusus sebagai keputusan-keputusan pemerintah
4. Kebijakan sebagai bentuk otorisasi atau pengesahan formal
5. Kebijakan sebagai program
6. Kebijakan sebagai keluaran
7. Kebijakan sebagai hasil akhir
8. Kebijakan sebagai teori atau model
9. Kebijakan sebagai proses).

Berkaitan dengan kebijakan ini, maka seringkali digunakan istilah kebijakan publik dan kebijakan sosial. Pengertian kebijakan publik seringkali diartikan secara setara dengan kebijakan sosial. Dua pengertian ini sebenarnya berbeda konstektualnya, kebijakan publik berorientasi pada penyusun kebijakan sedangkan kebijakan sosial berorientasi pada bidang telaah kebijakan. Keduanya dapat dipadukan, dalam artinya makna kebijakan sosial dapat merupakan bagian dari kebijakan publik dan sebaliknya kebijakan publik merupakan bagian dari kebijakan sosial.

⁶² Ibid.

Kebijakan sosial adalah salah satu bentuk dari kebijakan publik. Kebijakan sosial merupakan ketetapan pemerintah yang dibuat untuk merespon isu-isu yang bersifat publik, yakni mengatasi masalah sosial atau memenuhi kebutuhan masyarakat banyak.

Menurut Bessant, Salton dan Smith :

*in short, social policy refers to what governments do when they attempt to improve the quality of people's live by providing a range of income support, community service and support programs.*⁶³

(terjemahan bebas: secara singkat kebijakan sosial menunjuk pada apa yang dilakukan oleh pemerintah sebagai upaya untuk meningkatkan kualitas hidup manusia melalui pemberian beragam tunjangan sosial lainnya).

Sebagai sebuah kebijakan publik, kebijakan sosial memiliki fungsi preventif (pencegahan), kuratif (penyembuhan) dan pengembangan (*developmental*). Kebijakan sosial adalah ketetapan yang didesain secara kolektif untuk mencegah terjadinya masalah sosial (fungsi preventif), mengatasi masalah sosial (fungsi kuratif) dan mempromosikan kesejahteraan (fungsi pengembangan) sebagai wujud kewajiban Negara (*state obligation*) dalam memenuhi hak-hak sosial warganya.

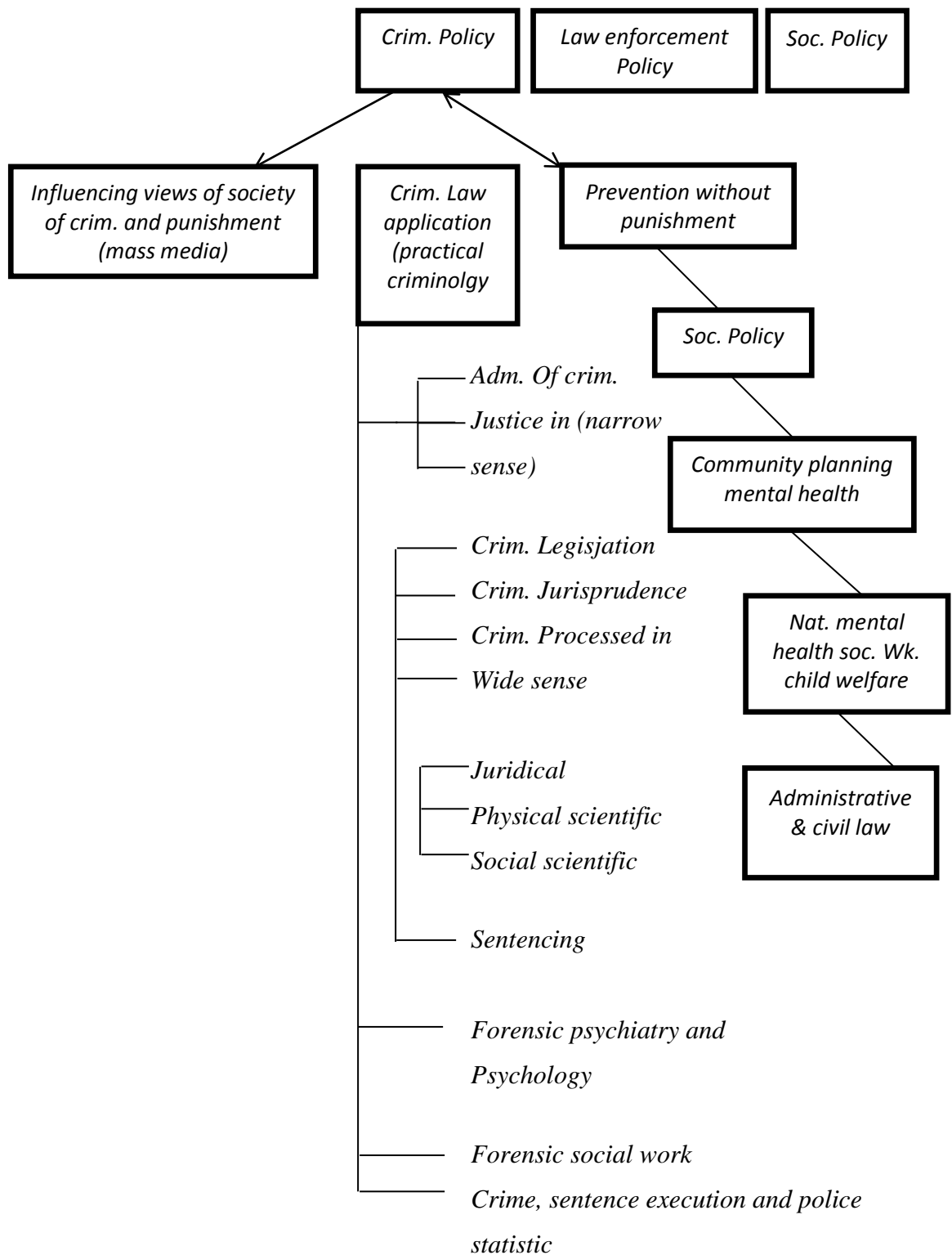
Secara umum maka kebijakan sosial dapat diwujudkan dalam tiga katagori, yaitu perundang-undangan, program pelayanan sosial dan sistem perpajakan. Berdasarkan kategori ini, maka dapat dinyatakan bahwa perundang-undangan, hukum atau peraturan daerah yang menyangkut masalah dan kehidupan sosial merupakan wujud kebijakan sosial. Namun, tidak semua kebijakan sosial

⁶³ Suharto, *Op.Cit.*, hal. 10-11.

berbentuk perundang-undangan. Sebagaimana dijelaskan pada pengantar, maka “kebijakan” pada kata “kebijakan sosial” adalah “kebijakan publik”, sedangkan makna “sosial” menunjukan pada bidang atau sektor yang menjadi garapannya, yakni bidang kesejahteraan. Dari penjelasan seperti ini maka pada dasarnya kebijakan publik dan kebijakan sosial mempunyai ruang lingkup yang sama dengan sudut pandang yang berbeda, seperti dua sisi dari satu mata uang, sehingga penggunaan kedua istilah tersebut dapat dilakukan secara bergantian sesuai dengan konteksnya.

Berkenaan dengan upaya yang dilakukan untuk menyelesaikan masalah-masalah sosial maka istilah kebijakan sebagai suatu penamaan dan berorientasi secara khusus untuk menanggulangi kejahatan adalah kebijakan penanggulangan kejahatan. Kebijakan penanggulangan kejahatan merupakan bagian dari kebijakan kriminal. Kebijakan kriminal sebagai salah satu dimensinya adalah dimensi pencegahan (*prevention of crime*), dimensi mengarahkan segala upaya untuk menyelesaikan faktor-faktor penyebab terjadinya kejahatan. Pada dimensi penegakan hukum, usaha yang sesuai dalam menegakkan hukum juga dapat mencegah terjadinya kejahatan khususnya bagi pengulangan tindak pidana. Beberapa model yang dapat digunakan untuk menggambarkan dimensi tersebut antara lain adalah:

Skema *Criminal Policy* menurut G. Peter Hoefnagels⁶⁴



Sumber : bahan hukum sekunder

⁶⁴G. Peter Hoefnagels, *The Other Side of Criminology, (An Inversion of The Concept of crime)*, Kluwer, Deventer, Holland, 1972, (terjemahan), hal. 57.

Berdasarkan skema tersebut dapat dijelaskan bahwa kebijakan kriminal adalah elemen dimana tak dapat dipisahkan dari kebijakan penegakan hukum dan secara keseluruhan merupakan sarana mewujudkan tujuan kebijakan sosial. Usaha untuk menanggulangi kejahatan harus dilakukan secara terintegrasi baik pencegahan (dengan atau tanpa pidana), penegakan dan mempengaruhi pendapat masyarakat untuk ikut memberantas kejahatan. Kebijakan pencegahan kejahatan tanpa menggunakan sanksi pidana dilakukan dengan sarana kebijakan sosial seperti melakukan rencana program kesehatan masyarakat, kesejahteraan anak-anak. Selain itu pencegahan juga menggunakan sarana hukum administrasi dan hukum perdata. Selain dimensi pencegahan maka penanggulangan kejahatan juga dilakukan dengan penerapan hukum pidana (*application of criminal law*), yang meliputi pelaksanaan hukum pidana, perancangan peraturan perundang-undangan yang meliputi (ilmu pengetahuan tentang kejahatan, proses peradilan pidana yang terdiri dari peradilan dan ilmu bantu hukum pidana) dan perancangan dan penegakan sanksi pidana. Penerapan hukum pidana juga memerlukan bantuan ilmu *psychiatry* dan *psychology forensic*, pelaksanaan pidana statistik kriminal serta dipengaruhi juga oleh sikap masyarakat terhadap kejahatan itu sendiri dan partisipasi masyarakat dalam menanggulangi kejahatan.

Upaya penanggulangan kejahatan pada hakikatnya adalah elemen integral dari upaya untuk melindungi warga (*social defence*) serta upaya untuk memperoleh kesejahteraan warga (*social welfare*). Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa tujuan akhir atau tujuan terpenting dari politik kriminal yaitu “perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat”.⁶⁵ Sebagai bagian dari kebijakan sosial maka salah satu upaya yang dapat dilakukan adalah dengan menggunakan hukum dan peraturan perundangan.

Keterlibatan masyarakat dalam kebijakan penanggulangan kejahatan (*criminal policy*) sangat penting karena kebijakan penanggulangan merupakan usaha yang rasional dari masyarakat sebagai reaksi terhadap kejahatan. Sementara itu, menurut Mannheim, mengemukakan bahwa :

*Criminal policy of designating behavior as crime. Some sociologists have objections to a concept of crime derived from law, because they consider certain classifications to be incorrect and because they deem certain criminal laws unjust.*⁶⁶

(terjemahan bebas: Kebijakan kriminal adalah kebijakan yang menunjukkan perilaku manusia sebagai kejahatan. Beberapa sosiolog memiliki keberatan terhadap konsep kejahatan yang berasal dari hukum, karena mereka menganggap klasifikasi tertentu menjadi tidak benar dan karena mereka anggap hukum pidana tentu yang tidak adil).

⁶⁵ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2005), hal. 2.

⁶⁶ Mannheim, *Comparative Criminology, A Textbook*, Vol. I and II. (London: 2nd impression). 1966, dalam G. Peter Hoefnagels. hal. 100.

Lebih lanjut, Peter Hoefnagels mengemukakan bahwa kebijakan kriminal (*criminal policy*) dapat ditempuh dengan tiga cara, yaitu:

1. *Influencing views of society on crime, and punishment*, yaitu mempengaruhi pandangan masyarakat mengenai kejahatan dan pemidanaan lewat media massa;
2. *Criminal law application (practical criminology)*, yaitu penerapan hukum pidana,
3. *Prevention without punishment*; yaitu pencegahan tanpa hukuman.⁶⁷

Penggunaan hukum pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan tidak dapat dipandang sebagai satu-satunya sarana yang berdiri sendiri, sebab hal ini barulah satu sisi saja dalam *politik kriminal*. Pada hakekatnya kegiatan tersebut bagian dan *politik sosial* yang lebih luas. Oleh karena itu jika ingin menggunakan hukum pidana sebagai salah satu sarana untuk menanggulangi kejahatan harus diperhatikan kaitannya secara integral antara *politik kriminal* dengan *politik sosial*, dan integralitas antara sarana penal dan non penal.⁶⁸

Penulis melalui penelitian ini lebih setuju jika kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat ditanggulangi secara penal maka dari itu menurut penulis diperlukan ancaman pidana penjara yang membuat pelaku jera yaitu ancaman pidana penjara yang ada batas minimumnya sehingga hakim tidak menjatuhkan hukuman terlalu ringan.

⁶⁷ *Ibid*, hlm. 56.

⁶⁸ Barda Nawawi Arief dan Muladi, dalam Usman, *Loc Cit*.

Dalam formulasi kebijakan hukum pidana terdapat dua masalah sentral yang harus ditentukan, yaitu:

- a. Perbuatan apa yang harusnya dijadikan tindak pidana;
- b. Sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada si pelanggar.⁶⁹

Kebijakan formulasi berkaitan dengan pembaharuan hukum pidana, karena pada hakekatnya pembaharuan hukum pidana adalah bagian dari kebijakan hukum pidana yang merupakan bagian dari penegakan hukum pidana, kebijakan kriminal dan kebijakan sosial dalam rangka untuk melindungi masyarakat dan mencapai kesejahteraan masyarakat.

Kebijakan formulasi adalah kebijakan dalam merumuskan sesuatu dalam bentuk perundang-undangan. Kebijakan formulasi menurut Barda Nawawi Arief adalah “Suatu perencanaan atau program dari pembuat undang-undang mengenai apa yang akan dilakukan dalam menghadapi problema tertentu dan cara bagaimana melakukan atau melaksanakan sesuatu yang telah direncanakan atau diprogramkan itu”.⁷⁰

Kebijakan formulasi merupakan awal dari perencanaan dalam usaha untuk menanggulangi kejahatan, maka wajar apabila kebijakan formulasi merupakan bagian dari kebijakan kriminal yang secara fungsional dapat dilihat sebagai bagian prosedur usaha

⁶⁹ Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.* hal. 35

⁷⁰ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, (Semarang : Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 1994), hal. 63

menanggulangi kejahatan. Secara garis besar, perencanaan atau kebijakan penanggulangan kejahatan yang dituangkan dalam perundang-undangan menurut Barda Nawawi Arief meliputi:

- a. Perencanaan atau kebijakan tentang perbuatan-perbuatan terlarang apa yang akan ditanggulangi karena dipandang membahayakan atau merugikan;
- b. Perencanaan/kebijakan tentang sanksi apa yang dapat dibuat dikenakan terhadap pelaku perbuatan yang dilarang itu (baik berupa pidana atau tindakan) dan sistem penerapannya;
- c. Perencanaan/kebijakan tentang prosedur atau mekanisme sistem peradilan dalam rangka penegakan hukum pidana.⁷¹

Tujuan kebijakan kriminal adalah untuk mencapai kesejahteraan masyarakat pada umumnya, maka kebijakan penegakan hukum inipun termasuk dalam bidang kebijakan sosial, yaitu segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat.⁷²

Salah satu sarana yang digunakan dalam merancang dan melaksanakan kebijakan sosial adalah dengan menggunakan hukum dan peraturan perundang-undangan pada suatu Negara. Penggunaan hukum positif sebagai salah satu cara menanggulangi kejahatan harus memperhatikan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat suatu bangsa. Menurut Montesquieu yang menulis buku *The Spirit of Law*, berkenaan dengan hukum positif ini dia berpendapat bahwa:

⁷¹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, (Bandung: Alumni, 1984), hal.198

⁷²Barda Nawawi Arief, *OpCit*, hal. 16

Dari sudut pandang positivistik ini menuntun Montesquieu untuk sampai pada kesimpulan bahwa jika hukum positif harus mutlak mencerminkan sebab pertama keadilan yang tertulis di alam semesta, maka hukum positif itu juga harus mencerminkan kondisi khas masyarakat yang dituju oleh penyusun hukum tersebut. Dan memang, hukum harus sesuai betul dengan masyarakat yang menjadi tempat penerapannya.⁷³

Dari teori-teori kebijakan kriminal di atas, maka penulis memilih teori yang dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief dan Muladi sebagai pisau analisis bahwa kebijakan formulasi berkaitan dengan pembaharuan hukum pidana, karena pada hakekatnya pembaharuan hukum pidana adalah bagian dari kebijakan hukum pidana yang merupakan bagian dari penegakan hukum pidana, kebijakan kriminal dan kebijakan sosial dalam rangka untuk melindungi masyarakat dan mencapai kesejahteraan masyarakat.

Kebijakan formulasi adalah kebijakan dalam merumuskan sesuatu dalam bentuk perundang-undangan. Kebijakan formulasi merupakan suatu perencanaan atau program dari pembuat undang-undang mengenai apa yang akan dilakukan dalam menghadapi problema tertentu dan cara bagaimana melakukan atau melaksanakan sesuatu yang telah direncanakan atau diprogramkan itu.

Kebijakan formulasi merupakan awal dari perencanaan dalam usaha untuk menanggulangi kejahatan, maka wajar apabila kebijakan formulasi merupakan bagian dari kebijakan kriminal

⁷³Montesquieu, *The Spirit of Law, Dasar-dasar Ilmu Hukum dan Politik*, Penerjemah Khoirul Anam, Nasamedia, Bandung. 2007, hal. 87.

yang secara fungsional dapat dilihat sebagai bagian dari usaha untuk mengatasi kejahatan.

Teori kebijakan kriminal ini digunakan untuk menganalisa rumusan masalah yang kedua.

2.1.4 Teori Tujuan Pemidanaan

“Pidana” merupakan istilah yang mempunyai pengertian yang khusus. Berbeda dengan “hukuman” yang merupakan istilah umum dan dapat mempunyai arti yang luas serta berubah-ubah. Istilah hukuman tidak saja dipergunakan dalam bidang hukum, tetapi juga dalam bidang-bidang yang lain, seperti : pendidikan, moral, agama dan lain sebagainya. Sudarto menulis bahwa yang disebut dengan pidana yaitu penderitaan dimana sengaja dikenakan bagi individu yang melaksanakan tindakan dimana memenuhi syarat-syarat yang ditentukan. Sementara itu Roeslan Saleh menulis bahwa pidana adalah reaksi atas delik, berupa sebuah penderitaan dimana dengan sengaja dikenakan oleh Negara kepada pembuat delik itu.⁷⁴

Berdasarkan apa yang dikemukakan oleh kedua sarjana tersebut dapat dikemukakan bahwa ciri-ciri pidana adalah :

- a. pidana itu pada hakekatnya merupakan suatu pengenaan penderitaan/nestapa ataupun akibat-akibat lainnya dimana tak menyenangkan;
- b. pidana itu sengaja ditimpakan oleh orang/badan yang mempunyai kekuasaan (yang berwenang); dan

⁷⁴ Soerjono Soekanto, *Penegakan Hukum*, (Jakarta: Bina Cipta, 1983), hal. 3 dan 4

- c. pidana itu dijatuhkan terhadap orang yang sudah melakukan perbuatan pidana berdasarkan undang-undang.⁷⁵

Alf Ross dalam memberikan batasan tentang pidana, menambahkan secara tegas dan eksplisit bahwa pidana itu harus merupakan pernyataan pencelaan terhadap diri pelaku. Hal ini sebenarnya secara implisit terkandung juga dalam batasan yang diberikan oleh para sarjana lain. Penambahan secara eksplisit ini menurut Alf Ross, dimaksudkan untuk bisa dibedakan secara jelas antara pidana dan tindakan perlakuan.⁷⁶

Berkait dengan tujuan pemidanaan, J.E. Sahetapy mendekati dengan titik awal berbeda dengan yang lazimnya dilakukan oleh para sarjana lain. Sebagaimana ditandaskan J.E. Sahetapy, “terlalu sering terjadi bahwa mereka yang membicarakan permasalahan pidana mencampurbaurkan permasalahan-permasalahan yang seyogyanya harus dipisah-pisahkan”⁷⁷

Lebih jauh dijelaskan pula :

Pertama-tama harus dibedakan terlebih dahulu antara arti atau makna dengan tujuan pidana, bahwa keduanya mempunyai hubungan yang erat, tidak dapat disangkal. Dalam pidana, itu perlu pula dibedakan antara sifat pidana dengan bentuk pidana. Dengan demikian maka tujuan, arti, sifat dan bentuk pidana merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisah-pisahkan, tetapi harus dapat dibeda-bedakan. Bagaimanapun juga tujuan pidanalah yang mewarnai arti,

⁷⁵ I Made Wirya Darma, *Kebijakan Formulasi terhadap Tindak Pidana Pencurian Benda-benda Sakral dalam KUHP Indonesia*, Disertasi, (Malang: Universitas Brawijaya, 2012), hal. 88

⁷⁶ *Loc.Cit.*

⁷⁷ J.E. Sahetapy, *Suatu Studi Khusus Mengenai Ancaman Pidana Mati terhadap Pembunuhan Berencana*, (Jakarta: Rajawali, 1981), hal. 188-189

sifat dan bentuk pidana. Tujuan pidana baru mempunyai relevansi apabila diketahui dasar berpijak untuk mencapai tujuan itu.⁷⁸

Salah satu alasan ditetapkannya tujuan pemidanaan/pemberian pidana adalah adanya keterbatasan dari sanksi pidana itu sendiri seperti yang dikemukakan oleh H.L. Packer yaitu :

*“The criminal sanction is at once prime guarantor and prime threatener of human freedom. Used providently and humanly it is guarantor; used indiscriminately and coercively, it is threatener”.*⁷⁹

(terjemahan bebasnya: Sanksi pidana suatu ketika merupakan penjamin yang utama/terbaik dan suatu ketika merupakan pengancam yang utama dari kebebasan manusia. Ia merupakan penjamin apabila digunakan secara hemat-cermat dan secara manusiawi; ia merupakan pengancam apabila digunakan secara sembarangan dan secara paksa).

Dalam ilmu hukum pidana dikenal beberapa teori Tujuan Pemidanaan yang pada umumnya dibagi dalam tiga golongan (teori) yaitu Teori Pembalasan (Teori Absolut), Teori Tujuan (Teori Relatif) dan Teori Gabungan.

Sehubungan dengan aspek **pembalasan**, J.E. Sahetapy menulis:

Bila ditelusuri kembali sejarah aspek pembalasan, maka dapat ditarik kesimpulan, bahwa masalahnya setua sejarah manusia. Pada dasarnya setiap manusia memiliki perasaan pembalasan atau kecenderungan untuk membalas. Namun dengan segera pula perlu diingatkan bahwa pembalasan tidak selamanya harus dikaitkan dengan permasalahan kejahatan. Pada umumnya manusia juga memiliki sifat membalas budi orang

⁷⁸ Dikutip dari Muladi. “Pidana dan Pemidanaan” dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, (Bandung: Alumni, 1984), OpCit, hal 2

⁷⁹ Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana “Kebijakan Penanggulangan Kejahatan dengan Hukum Pidana”*, (Bandung: Alumni, 1992, hal.153

lain. Demikian kerap kali manusia tidak sampai hati untuk membalas perbuatan jahat orang lain, karena orang itu dianggap tidak mengetahui apa yang telah diperbuatnya, dan sebagainya.⁸⁰

Akhirnya terhadap Teori Pembalasan ini J.E. Sahetapy menyimpulkan beberapa catatan, diantaranya: teori pembalasan hanya melihat pidana dalam kaitannya dengan masa lampau; dengan demikian teori pembalasan belum memberikan tempat yang wajar kepada beberapa asas yang telah melembaga dan diakui dimana-mana, yaitu asas oportunitas, grasi, amnesti, abolisi, kedaluwarsa dan sebagainya. Teori pembalasan kuno telah diperluas dalam teori pembalasan modern, sehingga kini timbul pertanyaan, apakah dapat dibenarkan untuk menamakannya teori pembalasan; secara teoritik-akademik, teori pembalasan masih mempunyai relevansi.⁸¹

Eva Achjani Zulfa berpendapat bahwa pembedaan adalah akibat nyata/absolut dimana mesti ada untuk satu *pembalasan* bagi pelaku tindak pidana. Sanksi pidana dideskripsikan sebagai suatu pemberian *derita* dan petugas dapat dinyatakan gagal bila penderitaan ini tidak dirasakan oleh terpidana.⁸² Menurut *Hugo Grotius*, pada dasarnya kriteria berhasil dari model seperti ini adalah

⁸⁰ *Ibid.*, hal. 212

⁸¹ Sudarto, *Kapita Selektta Hukum Pidana*, (Bandung: Alumni, 1986), hal. 82-83

⁸² Eva Achjani Zulfa, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan*, (Bandung : CV Lubuk Agung, 2011), hal. 51

derita atau kesakitan, karena pidana merupakan bentuk kompensasi atas kejahatan yang telah dilakukan.⁸³

Senada dengan Eva Achjani Zulfa, Dwidja Priyatno mengemukakan bahwa:

Pidana itu merupakan suatu akibat hukum yang mutlak harus ada sebagai sebuah *pembalasan* bagi orang yang telah melakukan kejahatan. Jadi dasar pembenaran pidana terdapat pada terjadinya kejahatan tersebut. Oleh karena kejahatan itu mengakibatkan penderitaan kepada orang yang terkena kejahatan, maka menurut Teori Absolut atau Teori Pembalasan, penderitaan itu harus dibalas juga dengan *penderitaan yang berupa pidana* kepada orang yang melakukan kejahatan itu. Tak dilihat akibat-akibat apapun yang terjadi dengan dikenakan hukuman, tak penting apakah masyarakat mungkin akan dirugikan.⁸⁴

Menurut Made Sadhi Astuti dalam Teori Pembalasan titik pangkal penjatuhan pidana adalah pada pembalasan yang diberikan kepada penjahat sehingga siapa saja yang berbuat jahat harus dipidana tanpa melihat akibat-akibat apa saja yang dapat timbul karena penjatuhan pidana. Faktor yang dipertimbangkan hanya masa lalu pelaku tindak pidana, tidak melihat masa depan terpidana. Tujuan pemidanaan adalah menjadikan si penjahat menderita.⁸⁵

Kini Teori Pembalasan sudah mulai ditinggalkan, dalam arti ajaran pembalasan klasik yang berpendirian, pidana merupakan

⁸³ Udo Schaefer, *Crime and Punishment, Baha'I Perspective for Future Criminal Law in Law and International Order, Proceeding of the First European Bahai Conference on Law and International Order, Depoort/The Netherland*, 8-11 Juni 1995, hal 39 – 68

⁸⁴ Dwidja Priyatno, *Sistem Pelaksanaan Pidana Penjara di Indonesia*, (Bandung : PT Refika Aditama, 2006), hal. 24

⁸⁵ Made Sadhi Astuti, *Pemidanaan terhadap Anak sebagai Pelaku Tindak pidana*, (Malang: IKIP Malang, 1997), hal. 16

suatu kehausan demi keadilan belaka. Kalaupun ada penganut teori pembalasan, mereka dapat dikatakan sebagai penganut teori pembalasan yang modern.⁸⁶

Ketika teori pembalasan mulai ditinggalkan karena dipandang kurang mempunyai dasar yang kuat dan dalam banyak hal teori pembalasan telah menyimpang dari tujuan semula, maka muncullah teori dengan aspek “menakutkan” atau untuk mempengaruhi tingkah laku orang demi perlindungan masyarakat, yang lebih dikenal dengan nama **Teori Relatif atau Teori Tujuan**. Menurut teori ini, pidana tidaklah dikenakan demi pidana itu sendiri melainkan untuk tujuan yang bermanfaat, yaitu untuk melindungi masyarakat atau untuk pengayoman. Dikaji dari segi sejarah, aspek menakutkan ternyata sudah ada sejak adanya aspek pembalasan, bahkan nampaknya aspek ini sudah dipersoalkan sebelum jaman aspek pembalasan, yaitu pada masa Immanuel Kant (1724-1804) dan George Fredrich Hegel (1770-1831).⁸⁷

Von Feuerbach orang pertama yang menyusun permasalahan aspek menakutkan menjadi suatu teori yang kemudian menjadi terkenal dengan ungkapan *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*, tetapi yang mula pertama mempersoalkan aspek menakutkan ini dari proses psikologis adalah Samuel Von Puffendorf, ancaman pidana dimaksudkan untuk menakutkan dan

⁸⁶ J.E. Sahetapy, *Op.Cit.*, hal. 214

⁸⁷ Andi Zainal Abidin, *Asas-asas Hukum Bagian Pertama*, (Bandung: Alumni, 1987), hal. 170-171

oleh karenanya menahan seseorang berbuat dosa, dan dengan demikian akan patuh pada hukum.⁸⁸

Menurut *Teori Tujuan atau Teori Relatif*, pidana bukanlah untuk melakukan pembalasan terhadap pelaku kejahatan, melainkan memiliki *tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat*. Sehubungan dengan hal tersebut, ditegaskan oleh Muladi dan Barda Nawawi Arief dalam Dwidja Priyatno bahwa “Pidana dijatuhkan bukan *quia peccatum est* (karena orang membuat kejahatan) melainkan *ne peccatum* (supaya orang jangan melakukan kejahatan)”.⁸⁹

Mengenai tujuan pidana itu ada beberapa pendapat, yaitu :

1. untuk *menentramkan* masyarakat yang gelisah karena telah terjadi kejahatan
2. untuk *mencegah* terjadinya kejahatan, yang dapat dibedakan atas :
 - a. pencegahan umum : didasarkan pada pikiran bahwa pidana dimaksudkan untuk mencegah setiap orang yang akan melakukan kejahatan.
 - b. pencegahan khusus : didasarkan kepada pikiran bahwa pidana dimaksudkan supaya orang yang telah melakukan kejahatan tidak mengulangi lagi kejahatan.⁹⁰

⁸⁸ Roeslan Saleh, *Mencari Asas-asas Umum yang Sesuai dengan Hukum Pidana Nasional* (Kumpulan Bahan Upgrading: Jilid 2, 1971), hal 15-16

⁸⁹ *Ibid.*, hal. 25

⁹⁰ Tolib Setiady, *Pokok-pokok Hukum Penitensier Indonesia*, (Bandung: Alfabeta, 2010), hal 56-57

Senada dengan diatas, Andi Hamzah dan Siti Rahayu mengungkapkan, bahwa tujuan pemidanaan diarahkan agar kejahatan yang pernah terjadi tidak diulangi lagi. Menurut teori Prevensi Khusus, tujuan pemidanaan adalah memperbaiki narapidana dan agar tidak melakukan tindak pidana lagi di kemudian hari. Sedangkan menurut teori Prevensi Umum, tujuan pemidanaan adalah agar masyarakat tidak melakukan tindak pidana serupa atau tindak pidana lainnya.⁹¹ Teori Tujuan ini bukan merupakan penyempurnaan atau perbaikan atas ketidakberhasilan teori Pembalasan.⁹²

Menurut Made Sadhi Astuti, **Teori Gabungan** terbagi menjadi 3 golongan yaitu :

1. Teori Gabungan yang menitikberatkan pada pembalasan, tetapi pembalasan tersebut tidak boleh melampaui batas dan cukup untuk dapat mempertahankan tata tertib.
2. Teori Gabungan yang menitikberatkan pada upaya mempertahankan tata tertib masyarakat. Berdasarkan teori ini tujuan pemidanaan yaitu mempertahankan tata tertib masyarakat, namun penderitaan yang dijatuhkan tak boleh lebih berat dibanding tindakan yang dilakukan oleh terpidana
3. Teori Gabungan yang menganggap bahwa pidana memenuhi keharusan pembalasan dan keharusan melindungi masyarakat,

⁹¹ Andi Hamzah dan Siti Rahayu, *Suatu Tinjauan Ringkas Sistem Pemidanaan di Indonesia*, (Jakarta: Akademi Presindo, 1984), hal. 26

⁹² Made Sadhi Astuti, *OpCit.*, hal. 33

memberikan titik berat yang sama antara pembalasan dengan perlindungan masyarakat. Tujuan pidana bertalian erat dengan jenis kejahatan yang dilakukan dan nilai-nilai budaya bangsa yang bersangkutan.⁹³

Menurut Tolib Setiadi *Teori Gabungan*, Teori Pembalasan dan Teori Tujuan harus digabung sebab pidana bukan hanya sebagai penderitaan tetapi juga harus seimbang dengan kejahatannya.⁹⁴

Teori Tujuan Pidana ini digunakan untuk menguji apakah hukuman yang dijatuhkan hakim kepada pelaku kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat dengan menggunakan KUHP yang tidak ada batas minimum khususnya dapat mencapai tujuan pidana.

Dari teori-teori Tujuan Pidana di atas, maka penulis memilih teori Gabungan yang dikemukakan oleh Made Sadhi Astuti sebagai pisau analisis, bahwa **Teori Gabungan** terbagi menjadi 3 golongan yaitu :

1. Teori Gabungan yang menitikberatkan pada pembalasan, tetapi pembalasan tersebut tidak boleh melampaui batas dan cukup untuk dapat mempertahankan tata tertib.
2. Teori Gabungan yang menitikberatkan pada upaya mempertahankan tata tertib masyarakat. Berdasarkan teori ini tujuan pidana yaitu mempertahankan tata tertib

⁹³*Loc. Cit.*

⁹⁴Tolib Setiadi, *Op. Cit.*, hal 59

masyarakat, namun penderitaan yang dijatuhkan tak boleh lebih berat dibanding tindakan yang dilakukan oleh terpidana

3. Teori Gabungan yang menganggap bahwa pidana memenuhi keharusan pembalasan dan keharusan melindungi masyarakat, memberikan titik berat yang sama antara pembalasan dengan perlindungan masyarakat. Tujuan pidana bertalian erat dengan jenis kejahatan yang dilakukan dan nilai-nilai budaya bangsa yang bersangkutan.

Berdasarkan tiga golongan ini, yang digunakan adalah golongan yang ke tiga.

Teori Tujuan Pidanaan dari Made Sadhi Astuti ini digunakan untuk menganalisa rumusan masalah yang kedua.

2.1.5 Teori Model Pidanaan

Bagian penting dalam sistem pidanaan adalah menetapkan suatu sanksi. Keberadaannya akan memberikan arah dan perkembangan mengenai apa yang seharusnya dijadikan sanksi dalam suatu tindak pidana untuk menegakkan berlakunya norma.⁹⁵

Sudarto menyatakan masalah pemberian pidana mempunyai dua arti :

- a. Dalam arti umum ialah yang menyangkut pembentuk undang-undang, ialah yang menetapkan stelsel sanksi hukum pidana (pemberian pidana *in abstracto*);

⁹⁵ M. Sholehuddin, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2004), hal. 114

- b. Dalam arti konkrit, ialah yang menyangkut berbagai badan atau jawatan yang kesemuanya mendukung dan melaksanakan stelsel sanksi hukum pidana itu.

Sudarto juga mengatakan, pemberian pidana dalam arti umum merupakan bidang dari pembentuk undang-undang karena azas legalitas. Jadi untuk mengenakan pidana diperlukan undang-undang (pidana) terlebih dahulu. Pembentuk undang-undanglah yang menetapkan peraturan tentang pidananya, tidak hanya tentang *crimen* atau *delictum* nya, ialah tentang perbuatan mana yang dapat dikenakan pidana.

Mengenai ancaman pidana itu masih menjadi persoalan, mengapa delik yang satu diancam lebih berat daripada delik yang lain ? Apakah ukurannya ?⁹⁶

Menetapkan sanksi adalah hal yang tidak mudah. Di satu sisi pembuat peraturan harus memperhatikan aspek keadilan, di sisi lain aspek kepastian hukum juga harus dipenuhi. Demikian pula dengan upaya mengatur pidana penjara minimum khusus dalam sebuah pasal diperlukan adanya pedoman berupa kriteria dan ukuran tentang kejahatan apa saja yang perlu diancam dengan minimum khusus dan berapa lama minimum khususnya. Hal ini diperlukan agar hakim tidak menjatuhkan pidana yang berbeda terlalu jauh satu sama lain dalam perkara yang jenisnya sama (disparitas pembedaan).

⁹⁶ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 42

Mengenai hal ini, Sudarto mengemukakan bahwa pedoman serta aturan pemberian pidana itu penting sekali ditegaskan oleh pembentuk undang-undang, agar supaya hakim dalam memberi keputusannya, di dalam kebebasannya sebagai hakim, ada juga batasnya yang ditetapkan secara obyektif. Jadi pembentuk undang-undang harus memberikan beberapa kriteria untuk pemberian pidana oleh hakim.⁹⁷

Masalah pemberian pidana ini beserta perumusan pedomannya bersangkut paut dengan aliran dalam hukum pidana, ialah pertentangan antara aliran klasik dan aliran modern. Aliran klasik sangat menginginkan hukum pidana yang tersusun sistematis serta menitik beratkan pada kepastian hukum.⁹⁸

Mengenai terjadinya disparitas pemidanaan, Muladi berpendapat bahwa eksistensi disparitas pidana tetap diakui dalam proses pemidanaan, akan tetapi yang penting sampai sejauh manakah disparitas tersebut mendasarkan diri atas *reasonable justification*.⁹⁹

Sementara itu Chairul Huda berpendapat bahwa penggunaan minimum khusus dalam ancaman pidana adalah untuk membatasi kemerdekaan hakim yang memang dirasakan terlalu leluasa untuk

⁹⁷*Ibid.* hal. 45

⁹⁸*Ibid.*, hal. 46-47

⁹⁹ Muladi, *Kapita Selektta Sistem Peradilan Pidana*, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 1995), hal. 66

menjatuhkan pidana antara minimum umum dan maksimum umumnya.¹⁰⁰

Beliau juga mengatakan bahwa dari segi politik kriminal (*criminal policy*) berkenaan dengan jumlah pidana, yang paling mengkhawatirkan adalah tidak adanya padanan kesebandingan antara pidana perampasan kemerdekaan (pidana penjara dan kurungan) dan denda, dalam undang-undang di luar KUHP, baik dalam penentuan minimum khusus maupun maksimum khususnya. Hal ini akan membuka disparitas pidana yang terlalu lebar antara satu tindak pidana dan tindak pidana yang lain. Sekali lagi sebenarnya sangat diperlukan pedoman yang bersifat tetap dalam merumuskan tindak pidana dalam perundang-undangan, termasuk tarif pengimbangan pidana penjara/kurungan dengan denda.¹⁰¹

Mahrus Ali mengatakan bahwa adanya ancaman pidana minimum khusus adalah untuk menghindari keleluasaan diskresi dari penuntut umum dalam menetapkan tuntutan, juga hakim dalam penjatuhan pidana. Ini berarti mencegah atau mengurangi ketidak-adilan dalam penetapan tuntutan pidana dan besar kemungkinan terjadi disparitas pidana.¹⁰²

Muladi dan Barda Nawawi Arief berpendapat bahwa,

Disparitas pidana yang bersumber dari hakim dilatarbelakangi oleh tiga hal. *Pertama*, adanya fakta

¹⁰⁰ Chairul Huda, *Perumusan Ancaman Pidana dalam Peraturan Perundang-undangan di luar KUHP*, makalah, hal. 8

¹⁰¹ *Ibid.*, hal. 11

¹⁰² Mahrus Ali, *Hukum Pidana Korupsi di Indonesia*, (Yogyakarta: UII Press, 2011), hal. 56

disparitas pidana dimana sangat mencolok bagi delik-delik yang secara hakiki tidak berbeda kualitasnya. *Kedua*, adanya keinginan untuk memenuhi tuntutan masyarakat yang menghendaki adanya standar minimal obyektif untuk delik-delik tertentu yang sangat dicela dan merugikan/membahayakan masyarakat/Negara. *Ketiga*, demi untuk lebih mengefektifkan pengaruh prevensi umum (*general prevention*) terhadap delik-delik tertentu yang dipandang membahayakan dan meresahkan masyarakat, maka lembaga pembuat undang-undang kemudian menentukan, bahwa untuk delik-delik tertentu tersebut, disamping ada pidana maksimum khususnya, juga sekaligus ditentukan pidana minimum khususnya.¹⁰³

Muladi juga mengatakan bahwa,

Secara kualitatif, menurut doktrin ilmu pengetahuan hukum pidana, delik-delik tertentu yang ditentukan pidana minimum khususnya adalah yang berkarakter (a) delik-delik yang dipandang sangat merugikan, membahayakan atau meresahkan masyarakat, dan (b) delik-delik yang dikualifisir atau diperberat oleh akibatnya (*erfolgsqualifizierte delikte*).¹⁰⁴

Istilah minimum khusus berkaitan dengan penentuan pidana.

Menurut Sue Titus Reid ada tiga *sentence model*.¹⁰⁵ Pertama, *legislative model*, dalam hal ini bentuk dan lamanya pidana untuk setiap tindak pidana ditentukan secara pasti oleh pembentuk undang-undang dan ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan pidana. Dalam hal ini diskresi sama sekali tertutup, sehingga disebut *determinate sentence*. Kedua, *judicial model*, yaitu baik ketika undang-undang menyerahkan sepenuhnya bentuk

¹⁰³ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *OpCit.*, hal. 52

¹⁰⁴ Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materiil di Masa Datang*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, (Semarang, 1990)

¹⁰⁵ Sue Titus Reid, *Criminal Law*, (New Jersey: Prentice Hall, 1995), hal. 451-2

dan lamanya pidana kepada hakim, maupun ketika ditentukan minimum dan maksimum pidana dalam undang-undang dan hakim yang memutuskan pemidanaan senyatanya pada kasus-kasus konkrit. Model kedua ini merupakan kebalikan dari model pertama, sehingga sering pula disebut sebagai *indeterminate sentence*. Ketiga, *administrative model*, yaitu lamanya pidana sebenarnya ditentukan oleh para pelaksana administratif pemidanaan. Undang-undang menentukan bentuk dan lamanya pidana, hakim yang kemudian berdasar hal itu menentukan bentuk dan lamanya pidana dalam kasus-kasus konkrit, dan kemudian sebagian lamanya pidana itu dapat dikurangi atau dihapuskan melalui berbagai mekanisme yang dimiliki eksekutif. Oleh karena itu, hal terakhir ini juga sering disebut dengan *executive model*.¹⁰⁶

Pidana minimum khusus pertama kali diperkenalkan di Amerika Serikat dalam putusan pemidanaan terhadap kasus pemerkosaan, karena selama itu pemerkosa dijatuhi pidana yang dianggap masyarakat terlalu ringan, padahal dampak bagi korban pemerkosaan adalah trauma selama sisa hidupnya. Pemerkosaan di Amerika Serikat digolongkan dalam kejahatan yang berat.¹⁰⁷

Hukum pidana Indonesia menganut sistem pidana minimum khusus, terutama bagi tindak pidana yang diatur dalam perundang-undangan khusus di luar KUHP. Pengaturan pidana minimum

¹⁰⁶ Chairul Huda, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Indonesia, *Op. Cit.*, hal. 233-234

¹⁰⁷ BPHN KemenKumHam RI, *Draft Naskah Akademik RUU tentang KUHP*, 2015, hal. 153

husus dimaksudkan untuk menghindari disparitas pidana, khususnya untuk kasus-kasus tertentu yang perlu diancam dengan pidana yang berat.¹⁰⁸

Rambu-rambu pemidanaan baru yang berkaitan dengan berat ringannya pidana berupa ancaman pidana minimum khusus, sebelumnya sudah dikenal dalam perundang-undangan pidana di luar KUHP. Pengaturan sistem pemidanaan baru ini dilakukan berdasarkan pertimbangan :

- a. untuk menjauhi adanya disparitas pidana dimana sangat mencolok bagi tindak pidana yang sama atau kurang lebih sama kualitasnya.
- b. untuk lebih meningkatkan pengaruh pencegahan umum, khususnya bagi tindak pidana dimana dinilai membahayakan dan meresahkan masyarakat.
- c. apabila dalam hal-hal tertentu maksimum pidana dapat diperberat, maka sebagai analog dipertimbangkan pula bahwa untuk minimum pidanapun dalam hal-hal tertentu dapat diperberat.

Pada dasarnya pidana minimum khusus adalah sebuah pengecualian, dimana hanya bagi tindak pidana tertentu yang dinilai sangat merugikan, membahayakan, ataupun meresahkan

¹⁰⁸*Ibid.*, hal. 153-154

masyarakat juga bagi tindak pidana dimana dikualifikasi ataupun diperberat oleh akibatnya.¹⁰⁹

Masalah ancaman pidana penjara minimum khusus dalam **Naskah Akademik Rancangan Undang-undang tentang Kitab Undang-undang Hukum Pidana** antara lain dijelaskan bahwa :¹¹⁰

Ketentuan minimum khusus untuk delik-delik tertentu dimasukkan atas adanya salah satu kesimpulan Lokakarya bulan Februari 1986 yang memuat bahwa *minimum umum satu hari perlu diimbangi dengan minimum khusus terutama untuk delik-delik yang dipandang sangat merugikan atau membahayakan masyarakat pada umumnya dan delik-delik yang dikualifikasi oleh akibatnya*. Dengan dimungkinkannya minimum khusus ini, timbul beberapa masalah antara lain : 1) bagaimana mengkonstruksikan sistem minimum khusus untuk delik-delik 2) berapa jumlah atau lamanya ancaman minimum khusus itu atau pola ancaman minimum bagaimana yang akan dikonstruksikan dan untuk delik-delik apa yang perlu diancam dengan minimum khusus itu ?

Mengenai sistem minimum khusus ini, pertama-tama perlu ditegaskan bahwa hanya dimungkinkan minimum khusus untuk pidana penjara, jadi tidak dimungkinkan untuk pidana denda. Berapa lamanya minimum khusus (untuk pidana penjara), dapat lebih dari 1 hari. Jadi tidak memberikan batasan, berapa lamanya minimum khusus yang paling rendah atau paling tinggi.

¹⁰⁹*Ibid.*, hal. 177-178

¹¹⁰*Ibid.*, hal. 61-64

Terdapat berbagai pola sistem minimum yang dapat dipilih. Dalam hal ini hanya ingin dikemukakan beberapa pokok pemikiran sebagai salah satu alternatif, sebagai berikut :

1. Bertolak dari hasil Lokakarya bulan Februari 1986, dapat digunakan sebagai suatu prinsip bahwa hanya delik-delik yang dipandang sangat merugikan atau membahayakan masyarakat dan delik-delik yang dikualifikasi atau diperberat oleh akibatnya yang sepatutnya diberi ancaman minimum. **Sebagai ukuran kuantitatif dapat digunakan patokan, bahwa delik-delik yang diancam dengan pidana penjara di atas 7 tahun sajalah yang dapat diberi ancaman minimum khusus karena delik-delik itulah yang digolongkan “sangat serius”. Patokan ini dalam hal-hal tertentu dapat dirumuskan pada delik-delik yang tergolong “berat” (penjara 4 sampai 7 tahun)**
2. Lamanya minimum khusus disesuaikan dengan sifat, hakekat dan kausalitas / bobot delik yang bersangkutan. Sebagai pedoman dapat digunakan patokan-patokan sebagai berikut :
 - a. minimum khusus paling rendah 3 bulan dan paling tinggi 7 tahun
 - b. minimum khusus dibedakan menurut maksimum khusus delik yang bersangkutan misalnya dengan menggunakan kategori sebagai berikut

Tabel 2. Patokan lamanya ancaman penjara minimum khusus

Golongan delik	Ancaman maksimum	Ancaman minimum
Berat	4 s/d 7 tahun	Antara 3 bulan – 1 tahun
Sangat serius	Mati/seumur hidup/20 thn	Antara 6 tahun – 7 tahun

Sumber : Draft Naskah Akademik RUU tentang KUHP tahun 2015

- c. dalam menetapkan minimum khusus perlu dipertimbangkan akibat dari delik yang bersangkutan terhadap masyarakat luas (antara lain : menimbulkan bahaya / keresahan umum, bahaya bagi nyawa / kesehatan / lingkungan atau menimbulkan akibat mati) dan faktor si pelaku misalnya telah berulang kali melakukan tindak pidana (recidivis).
3. Seperti halnya dengan ancaman maksimum, pada prinsipnya ancaman minimum khusus inipun dalam hal-hal tertentu harus dikurangi atau diperingan, misalnya :
 - a. karena hal-hal yang memperingan pidana (dalam Pasal 52 RUU KUHP), terutama untuk anak di bawah umur;
 - b. karena ada kesesatan atau kealpaan dan sebagainya.

Berapa pengurangannya tidak dapat ditentukan secara pasti tetapi diserahkan sepenuhnya kepada hakim. Dengan demikian perlu ada pedoman umum di dalam RUU Buku I untuk menetapkan ancaman minimum khusus ini dan beberapa penyesuaian pasal-pasal lainnya di dalam RUU Buku I sehubungan dengan hal-hal yang dikemukakan di atas.

Berdasarkan teori-teori Model Pemidanaan di atas, maka penulis memilih teori yang dikemukakan oleh Muladi sebagai pisau analisis, bahwa menurut doktrin ilmu pengetahuan hukum pidana, yang menjadi ukuran kualitatif tindak pidana tertentu perlu diatur pidana minimum khususnya adalah yang berkarakter (a) delik-delik yang dipandang sangat merugikan, membahayakan atau meresahkan masyarakat, dan (b) delik-delik yang dikualifisir atau diperberat oleh akibatnya (*erfolgsqualifizierte delikte*).

Teori Model Pemidanaan dari Muladi ini digunakan untuk menganalisa rumusan masalah yang kedua.

2.2 Kerangka Konseptual

2.2.1 Ancaman Pidana dalam Peraturan Perundang-undangan

Istilah “ancaman” dalam Kamus Terminologi Hukum Pidana berarti tekanan yang ditujukan terhadap kejiwaan psikis orang, misalnya perbuatan mengancam akan membunuh.¹¹¹

Istilah “ancam” atau “mengancam” dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah menyatakan maksud (niat, rencana) untuk melakukan sesuatu yang merugikan, menyulitkan, menyusahkan atau mencelakakan pihak lain; memberi pertanda atau peringatan mengenai kemungkinan malapetaka yang bakal terjadi.¹¹²

¹¹¹ Andi Hamzah, *Terminologi Hukum Pidana*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hal. 10

¹¹² Suharso dan Ana Retnoningsih, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Lux, (Semarang: CV Widia Karya, 2009), Cetakan ke delapan, hal. 38

Istilah “ancaman” dalam kamus tersebut adalah sesuatu yang diancamkan; perbuatan mengancam; usaha yang dilaksanakan secara konsepsional melalui tindak pidana dan/atau kejahatan yang diperkirakan dapat membahayakan tatanan atau kepentingan bangsa dan Negara.¹¹³

Konsep ancaman yang dipilih dalam disertasi ini adalah ancaman yang berarti tekanan yang ditujukan terhadap kejiwaan psikis orang sesuai dengan pendapat Andi Hamzah dalam Kamus Terminologi Hukum Pidana.

2.2.2 Pidana Penjara dalam Peraturan Perundang-undangan

Pengertian pidana penjara menurut beberapa pakar adalah sebagai berikut. Menurut A.Z. Abidin Farid dan A. Hamzah : “Pidana penjara adalah bentuk pidana yang berupa kehilangan kemerdekaan”¹¹⁴

Menurut Roeslan Saleh : “Pidana penjara adalah pidana utama diantara pidana kehilangan kemerdekaan ...”

Menurut P.A.F. Lamintang, pidana penjara adalah :

Pidana berupa pembatasan kebebasan bergerak dari seorang terpidana, yang dilakukan dengan cara menutup orang tersebut di sebuah Lembaga pemasyarakatan dengan mewajibkan orang itu mentaati semua peraturan tata tertib yang berlaku di Lembaga Pemasyarakatan yang dikaitkan dengan tindakan

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ A.Z. Abidin Farid dan A. Hamzah, *Bentuk-bentuk Khusus Perwujudan Delik (Percobaan, Penyertaan dan Gabungan Delik), dan Hukum Penitensier*, (Jakarta : PT Raja Grafindo Persada, 2006), hal. 284.

tata tertib bagi mereka yang telah melanggar peraturan tersebut.¹¹⁵

Menurut Andi Hamzah:

“Pidana penjara dikatakan pidana hilang kemerdekaan, tidak saja dalam arti sempit bahwa ia tidak bebas bepergian, tetapi juga narapidana itu kehilangan hak-hak tertentu”.¹¹⁶ Menurut Marlina : “Pidana penjara adalah bentuk pidana yang dikenal juga dengan sebutan pidana pencabutan kemerdekaan atau pidana kehilangan kemerdekaan atau dikenal juga dengan pidana pemasyarakatan.”¹¹⁷

Menurut Muhammad Taufik Makarao :

Pidana penjara adalah jenis pidana yang dikenal dengan istilah pidana pencabutan kemerdekaan atau pidana kehilangan kemerdekaan, pidana penjara juga dikenal dengan sebutan pidana pemasyarakatan. Dapat dikatakan bahwa pidana penjara dewasa ini merupakan jenis utama dan umum dari pidana kehilangan kemerdekaan.¹¹⁸

Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa :

Pidana penjara tidak hanya mengakibatkan perampasan kemerdekaan, tetapi juga menimbulkan akibat negatif terhadap hal-hal yang berhubungan dengan dirampasnya kemerdekaan itu sendiri. Akibat negatif itu antara lain terampasnya juga kehidupan seksual yang normal dari seseorang, sehingga sering terjadi hubungan homoseksual dan masturbasi di kalangan terpidana. Dengan terampasnya kemerdekaan seseorang juga berarti terampasnya kemerdekaan berusaha dari orang itu yang dapat mempunyai akibat serius bagi kehidupan sosial ekonomi keluarganya. Terlebih pidana penjara itu dikatakan dapat memberikan cap

¹¹⁵ P.A.F. Lamintang, *Hukum Penitensier Indonesia*, (Bandung : CV Armico, 1988), hal. 69

¹¹⁶ Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia*, (Jakarta : Pradnya Paramitha, 1993), hal. 38

¹¹⁷ Marlina, *Hukum Penitensier*, (Bandung: PT Refika Aditama, 2011), hal. 87

¹¹⁸ Mahrus Ali, *Dasar-dasar Hukum Pidana*, OpCit., hal.196

jahat (stigma) yang akan terbawa terus walaupun yang bersangkutan tidak lagi melakukan kejahatan. Akibat lain yang juga sering disoroti ialah bahwa pengalaman penjara dapat menyebabkan terjadinya degradasi atau penurunan derajat dan harga diri.¹¹⁹

Menurut Jan Remmelink: "pidana penjara adalah satu bentuk pidana perampasan kemerdekaan (pidana badan) terpenting".¹²⁰

Pidana penjara diatur dalam Pasal 12 KUHP :

- (1) pidana penjara adalah seumur hidup ataupun selama masa tertentu
- (2) pidana penjara selama masa tertentu paling singkat yaitu sehari dan paling lama lima belas tahun
- (3) pidana penjara selama masa tertentu dapat dikenakan selama dua puluh tahun berturut-turut jika kejahatan dimana hukumannya Hakim dapat memilih diantara pidana mati, pidana seumur hidup dan pidana penjara selama masa tertentu atau antara pidana penjara selama waktu tertentu, demikian pula jika batas lima belas tahun dapat dilampaui karena perbarengan (*concursum*), pengulangan (*recidive*) atau karena yang ditentukan dalam Pasal 52 dan 52a
- (4) pidana penjara selama masa tertentu sama sekali tak boleh melebihi dua puluh tahun.

¹¹⁹ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dengan Pidana Penjara*, (Semarang: Badan Penerbit UNDIP, 1996), hal. 44

¹²⁰ Jan Remmelink, *Hukum Pidana, Komentar atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan Paparannya dalam Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2003), hal. 465

Dari ketentuan di atas dapat ditarik kaedah sebagai berikut :

- a) pidana penjara dapat berupa pidana penjara sementara dan pidana penjara seumur hidup
- b) pidana penjara ditetapkan maksimum lima belas tahun, dalam hal tertentu dapat menjadi dua puluh tahun dalam hal :
 - 1) ancaman pidana berbentuk pidana mati ataupun seumur hidup
 - 2) perbarengan (*concurus*), pengulangan (*recidive*) atau karena delik jabatan (Pasal 52 dan 52a)
- c) Strafmaxima ditentukan 15 tahun dan strafminima adalah satu hari.

Bertolak dari pandangan Dr. Saharjo SH tentang hukum sebagai pengayoman, hal ini membuka jalan perlakuan terhadap narapidana dengan cara pemasyarakatan sebagai tujuan pidana penjara.¹²¹

Konsep pemasyarakatan tersebut kemudian disempurnakan oleh Keputusan Konferensi Dinas Para Pimpinan Kepenjaraan pada tanggal 27 April 1964 yang memutuskan bahwa pelaksanaan pidana penjara di Indonesia dilakukan dengan sistem pemasyarakatan, suatu pernyataan di samping sebagai arah tujuan, pidana penjara dapat juga menjadi cara untuk membimbing dan membina.¹²²

¹²¹ Dwidja Priyatno, *Op. Cit.*, hal. 97

¹²² *Ibid.*, hal. 97-98

Amanat Presiden RI dalam konferensi dinas menyampaikan arti penting terhadap pembaharuan pidana penjara di Indonesiayaitu merubah nama kepenjaraan menjadi pemasyarakatan. Berdasarkan pertimbangan ini amanat Presiden tersebut disusunlah suatu pernyataan tentang Hari Lahir Pemasyarakatan RI pada hari Senin tanggal 27 April 1964 dan Piagam Pemasyarakatan Indonesia. Sambutan Menteri Kehakiman RI dalam pembukaan rapat kerja terbatas Direktorat Jenderal Bina Tuna Warga tahun 1976 menandakan kembali dasar-dasar untuk bimbingan dan pembinaan sistem pemasyarakatan yang sudah dirumuskan dalam Konferensi Lembaga tahun 1964 yang terdiri atas sepuluh rumusan, yaitu :

1. Orang yang tersesat harus diayomi dengan memberikan pedoman hidup sebagai individu yang baik dan bermanfaat bagi masyarakat.
2. Pengenaan hukuman bukanlah tindakan balas dendam oleh Negara.
3. Rasa tobat tidaklah dapat dicapai dengan menyiksa melainkan dengan bimbingan.
4. Negara tidak boleh membuat seorang warga binaan lebih buruk atau lebih jahat daripada sebelum ia masuk lembaga.
5. Selama kehilangan kemerdekaan bergerak narapidana harus dikenalkan kepada masyarakat dan tidak boleh diasingkan dari masyarakat.
6. Pekerjaan yang diberikan kepada warga binaan tidak boleh bersifat mengisi waktu atau hanya diperuntukkan bagi

kepentingan lembaga atau Negara saja, pekerjaan yang diberikan harus ditujukan untuk pembangunan Negara.

7. Bimbingan serta didikan mesti didasarkan pada asas Pancasila.
8. Tiap warga adalah manusia maka mesti diperlakukan sebagai manusia meskipun ia telah tersesat tidak boleh ditujukan kepada warga binaan bahwa itu penjahat.
9. Warga binaan itu hanya dijatuhi pidana hilang kemerdekaan.
10. Sarana fisik bangunan lembaga dewasa ini merupakan salah satu hambatan pelaksanaan sistem pemasyarakatan.¹²³

Berdasarkan konsep-konsep tentang Pidana Penjara di atas maka yang dipilih adalah yang diatur dalam Pasal 12 KUHP yang mengatakan bahwa :

1. pidana penjara adalah seumur hidup ataupun selama masa tertentu
2. pidana penjara selama masa tertentu paling psingkat yaitu sehari dan paling lama lima belas tahun
3. pidana penjara selama masa tertentu dapat dijatuhkan selama dua puluh tahun berturut-turut jika kejahatan dimana pidananya Hakim dapat memilih diantara pidana mati, pidana seumur hidup dan pidana penjara selama masa tertentu atau antara pidana penjara selama waktu tertentu, demikian pula jika batas lima belas tahun dapat dilampaui karena perbarengan (*concursum*), pengulangan (*recidive*) atau karena yang ditentukan dalam Pasal 52 dan 52a

¹²³*Ibid.*, hal. 98-99

4. pidana penjara selama masa tertentu sama kali tak boleh melebihi dua puluh tahun.

2.2.3 Sanksi Pidana Minimum Khusus dalam Ancaman Pidana Penjara

Sebagaimana telah disampaikan pada bagian Latar Belakang bahwa dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana, minimum umum satu hari perlu diimbangi dengan minimum khusus terutama untuk delik-delik yang dipandang sangat merugikan atau membahayakan masyarakat pada umumnya dan delik-delik yang dikualifikasi oleh akibatnya. Minimum khusus adalah batas terendah dari sanksi pidana yang dapat diancamkan kepada pelaku.

Menurut konsep KUHP buku I pidana minimum khusus dirumuskan atau dimungkinkan untuk pidana penjara, jadi tidak dimungkinkan untuk pidana denda.¹²⁴

Mengenai berapa lama ketentuan minimum khusus (untuk pidana penjara) Konsep Buku 1 hanya memberikan petunjuk bahwa dapat lebih dari satu hari. Jadi tidak memberikan batas, berapa lamanya minimum khusus yang paling rendah atau yang paling tinggi. Mengingat masalah batas minimum khusus lebih bersifat “khusus”, maka lebih bersifat kasuistik dan subyektif, artinya setiap orang, bangsa atau negara akan mempunyai ukuran dan penilaian yang

¹²⁴Barda Nawawi Arief, *Sistem Pemidanaan*, (BPHN, 1988), hlm. 6, sebagaimana dikutip Erna Dewi dalam *Sistem Minimum Khusus Dalam Hukum Pidana Sebagai Salah Satu Usaha Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, hlm. 7

berbeda, yang didasarkan pada kepentingan masing-masing, khususnya kepentingan Negara.¹²⁵

Ancaman pidana dan minimum khusus terdapat perbedaan dengan kitab undang-undang yang berlaku saat ini, yakni:¹²⁶

a. Ancaman pidana minimum khusus yang paling rendah untuk pidana penjara adalah 1 (satu) tahun, hal ini berdasarkan pemikiran sebagai berikut:

- 1) Pidana penjara, merupakan salah satu jenis pidana yang dipandang cukup berat dan riskan. Oleh karena itu ada kecenderungan untuk menempuh kebijakan yang selektif limitatif dalam penggunaan pidana penjara.
- 2) Bertolak dari pemikiran diatas, maka untuk memberi kesan atau gambaran bahwa pidana penjara merupakan jenis pidana yang cukup berat dan memerlukan waktu yang cukup lama dalam pembinaan/pemasyarakatan, maka digunakan ukuran bobotnya dimana jika kurang dari 1 (satu) tahun dipandang tidak perlu diancam dengan pidana penjara minimum.

b. Konsep mengandung sistem ancaman minimum khusus yang selama ini tidak dikenal pada kitab undang-undang hukum pidana, dianutnya ancaman minimum khusus ini berdasarkan pada pokok pemikiran:

¹²⁵Erna Dewi, *Sistem Minimum Khusus Dalam Hukum Pidana Sebagai Salah Satu Usaha Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, (Semarang: Penerbit Pustaka Magister, 2011), hlm. 7

¹²⁶Erna Dewi, *Hukum Penitensier Dalam Perspektif*, (Bandar Lampung: Penerbit Lembaga Penelitian Universitas Lampung, 2013), hlm. 53

- 1) Guna menjauhi adanya disparitas pidana yang amat menyolok untuk delik-delik yang secara hakiki berbeda kualitasnya.
- 2) Untuk lebih mengefektifkan pengaruh prevensi general, khususnya bagi delik-delik yang dinilai membahayakan serta meresahkan masyarakat.
- 3) Dianalogikan dengan pemikiran, bahwa apabila dalam hal diperberat, maka minimum pidanapun hendaknya dapat diperberat dalam hal-hal tertentu.

Mengenai pola “minimum khusus” untuk pidana dapat dikemukakan hal-hal sebagai berikut :¹²⁷

- a. Pada prinsipnya pidana minimum khusus merupakan suatu perkecualian, yaitu untuk delik-delik tertentu yang dipandang sangat merugikan, membahayakan atau meresahkan masyarakat dan delik-delik yang dikualifisir atau diperberat oleh akibatnya, sebagai ukuran kuantitatif adalah delik-delik yang diancam pidana penjara di atas 7 tahun (sampai pidana mati) sajalah yang dapat dikenakan minimum khusus, karena delik-delik itulah yang digolongkan “sangat serius” namun dalam hal-hal tertentu patokan itu dapat diturunkan pada delik-delik yang tergolong “berat” (yaitu yang diancam 4-7 tahun penjara).
- b. Lamanya minimum khusus, pada mulanya berkisar antara 3 sampai 7 tahun, kemudian berkembang menjadi berkisar antara 1 tahun sampai 7 tahun.

¹²⁷ Erna Dewi, *Op Cit*, hlm 56

c. Seperti halnya dengan maksimum khusus, pada prinsipnya ancaman minimum khusus inipun dalam hal-hal tertentu harus dapat dikurangi atau diperingan, misalnya:

- 1) Karena ada hal-hal yang memperingan pidana, terutama anak dibawah umur.
- 2) Karena kesesatan atau kealpaan. Mengenai berapa jumlah pengurangannya tidak dapat ditentukan secara pasti, tetapi diserahkan sepenuhnya kepada hakim.

Menurut Erna Dewi, ada keuntungan dan kerugian dari sistem minimum khusus ini. Keuntungan diterapkannya sistem minimum khusus adalah :¹²⁸

- a. Adanya kepastian hukum, dalam arti bahwa dalam melaksanakan tugasnya sebagai pihak pemutus perkara mempunyai standar atau batasan waktu yaitu batas minimum khusus terhadap masing-masing jenis tindak pidana yang dianggap merugikan masyarakat. Artinya tidak dapat menjatuhkan pidana yang lebih ringan dari batas minimal yang telah ditetapkan.
- b. Dari segi pembinaan, faktor waktu sangat menentukan dalam rangka usaha merubah sikap dan perilaku seorang narapidana, terutama dalam proses sosialisasi menuju resosialisasi dalam kehidupan masyarakat.
- c. Dengan adanya sistem minimum khusus akan mengurangi apa yang dikenal dengan “disparitas pidana” terhadap putusan hakim,

¹²⁸Erna Dewi, *Op Cit*, hlm 110.

dengan sendirinya akan memberikan kepuasan baik terhadap pelaku, korban juga masyarakat.

- d. Diharapkan memberikan suatu keringanan kepada para penegak hukum dalam melaksanakan tugas, terutama bagi hakim sebagai pihak pemutus perkara dan lembaga pemasyarakatan dimana si narapidana dibina.
- e. Meningkatkan kesejahteraan sosial dalam rangka mencapai tujuan politik kriminal.

Kerugian dari sistem minimum khusus antara lain:

- a. Hakim dalam melaksanakan tugasnya, terhadap jenis tindak pidana tertentu (yang diancam dengan minimum khusus) tidak mempunyai keleluasaan untuk menjatuhkan pidana dibawah standar minimum yang telah ditentukan.
- b. Dalam penerapannya dikhawatirkan akan menimbulkan suatu kekakuan hukum.

Sistem minimum khusus yang mempunyai dampak yang positif terutama terhadap poin c di atas untuk mengurangi adanya kemungkinan “disparitas pidana”. Hal ini sesuai dengan pendapat Barda Nawawi Arief yang menyatakan bahwa perlunya minimal khusus ini dapat dirasakan dari keresahan masyarakat atau kekurangpuasan warga masyarakat terhadap pidana penjara yang selama ini dijatuhkan dalam praktek, terutama pidana yang tidak jauh

berbeda antara pelaku tindak pidana kelas atas dengan pelaku tindak pidana kelas bawah.¹²⁹

Berdasarkan konsep-konsep tentang Sanksi Pidana Minimum Khusus dalam Ancaman Pidana Penjara di atas maka yang dipilih adalah yang diatur dalam Konsep KUHP yang mengatakan bahwa lamanya sanksi pidana minimum khusus dalam ancaman pidana penjara dapat lebih dari satu hari. Jadi tidak memberikan batas, berapa lamanya minimum khusus yang paling rendah atau yang paling tinggi. Tiap negara mempunyai ukuran dan penilaian yang berbeda, yang didasarkan pada kepentingan masing-masing.

2.2.4 Kejahatan Kesusilaan

Dalam upaya negara menjamin terpeliharanya nilai-nilai kesopanan dimana dijunjung tinggi oleh warga masyarakat, maka dibentuk ketentuan tentang tindak pidana dalam Bab XIV Buku II KUHP tentang Kejahatan terhadap Kesopanan (disingkat Kejahatan Kesopanan) dan Bab VI Buku III KUHP mengenai Pelanggaran terhadap Kesopanan (disingkat Pelanggaran Kesopanan).

Pembagian tindak pidana kesopanan yang tersebut di atas, sesuai sistem KUHP yang membedakan antara kejahatan (Buku II) dan Pelanggaran (Buku III). Berdasarkan pertimbangan pembentuk UU mengenai obyek rasa kesopanan masyarakat tersebut, dapat dibedakan antara penyerangan pada kepentingan hukum tentang rasa kesopanan yang lebih berat dibanding penyerangan terhadap rasa kesopanan yang

¹²⁹ Barda Nawawi Arief, *Sistem Pemidanaan*, OpCit., hal. 7

bersifat pelanggaran maka UU membagi tindak pidana kesopanan ini menjadi kejahatan kesopanan yang diatur pada Bab XIV (*Misdrijven tegen de zeden*) : Pasal 281-303 bis serta pelanggaran kesopanan dimana diatur pada Bab VI (*Overtredingen betreffende de zeden*) : Pasal 532-547.

Untuk kata *zeden* dalam kalimat *Misdrijven tegen de zeden* dan *Overtredingen betreffende de zeden* oleh penulis hukum kita telah diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia dengan kata *kesusilaan* dan *kesopanan*. Kata kesusilaan telah dipahami oleh setiap orang, sebagai suatu pengertian adab sopan santun dalam masalah yang berkaitan dengan seksual ataupun dengan nafsu birahi. Apabila kita menganut pendapat pada umumnya ahli hukum kita yang menyatakan bahwa kesusilaan merupakan satu definisi adat-istiadat tentang tingkah laku pada pergaulan hidup yang baik dalam hal dimana berkaitan dengan hal seksual, kesopanan dimana juga berasal dari kata yang sama yaitu *zeden* semestinya demikian pula. Wirjono Prodjodikoro menyatakan, pada titel XIV buku II yang ditulis beliau dengan judul Kejahatan-kejahatan Melanggar Kesopanan dan title VI buku III dengan judul Pelanggaran-pelanggaran tentang Kesopanan, tindak pidana-tindak pidana itu menjadi dua macam, yakni diantaranya dibagi:

1. Tindak pidana melanggar kesusilaan (*zedelijkheid*). Kejahatan melanggar kesusilaan diatur dalam Pasal 281 sampai dengan Pasal 299 dan pelanggaran golongan ke satu (kesusilaan) ini dirumuskan dalam Pasal 532-535.

2. Tindak Pidana melanggar kesopanan (*zeden*) yang tidak kesusilaan, maksudnya tidak berkaitan dengan hal seksual, kejahatan kesopanan ini diatur pada Pasal 300 sampai dengan Pasal 303. Sedangkan jenis pelanggaran bagi kesopanan (di luar hal yang berhubungan dengan masalah seksual) diatur pada Pasal 536 sampai dengan 547.

Dengan mengikuti pendapat Wirjono maka kata *zeden* dalam titel asli Bab XIV buku II dan Bab VI buku III yang ditulis beliau dengan kata yang sama yakni kesopanan, maka kesopanan dapat dibagi ke dalam dua bidang yakni :

1. Kesopanan di bidang kesusilaan (disebut *zedelijkheid*), dan
2. Kesopanan di luar bidang kesusilaan (disebut *zeden*).

Akan tetapi perlu diperhatikan bahwa, jika melihat asal katanya dari kata *zeden* dalam titel asli Bab XIV buku II dan Bab VI buku III, tentu yang disimpulkan beliau di atas tadi tidak sesuai dengan yang dimaksud pembentuk UU. Karena UU telah menentukan bahwa kata *zeden* dalam title XIV buku II dan titel VI buku III terdiri dari kedua bidang obyek hukum tindak pidana tersebut, yaitu yang mencakup nilai-nilai adat istiadat mengenai sikap dan perbuatan dalam lapangan yang berhubungan dengan masalah seksual maupun yang di luar masalah seksual. Seharusnya jika kata *zeden* ditulis dengan kata kesopanan, arti kesopanan itu lebih luas dari kata kesusilaan, karena kesusilaan adalah bagian dari kesopanan. Namun dalam kenyataannya, para ahli hukum kita menggunakan dua istilah,

kesusilaan dan kesopanan sebagai salinan dari kata *zeden* dalam judul titel XIV buku II dan title VI buku III.¹³⁰

Dalam pemahaman hukum pada umumnya, mempunyai kecenderungan memasukkan pornografi sebagai bagian dari lingkungan norma kesopanan dan kesusilaan. Pelanggaran terhadapnya, termasuk pelanggaran terhadap kesopanan. KUHP sendiri tidak merumuskan pengertian pornografi. Namun berdasarkan tafsiran atas Pasal 281, 282, 283, 532, 534 dan 535, maka pengertian “pornografi” dapat disimpulkan dari pasal-pasal tersebut. Demikian pula dalam Pasal 411 sampai 416, Pasal 420 dan Pasal 422 RUU KUHP istilah pornografi (pornoaksi) tidak disebutkan dan dirumuskan secara eksplisit. Karena itu pengertian pornografi dan pornoaksi menurut RUU KUHP juga dapat disimpulkan dari pasal-pasal yang mengatur tentang tindak pidana kesusilaan.¹³¹

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia yang dibuat oleh Pusat Bahasa DepDikNas, “kesusilaan” berasal dari kata “susila” yang berarti “baik budi bahasanya; beradab; sopan” selain juga diartikan sebagai “adat istiadat yang baik; sopan santun; kesopanan; keadaban; kesusilaan”. Juga diartikan sebagai “pengertian tentang adab”. Sementara itu “kesusilaan” menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia bermakna “perihal susila; yang berkaitan dengan adab dan sopan santun”. Selain itu diartikan pula “norma yang baik; kelakuan yang

¹³⁰ Adami chazawi, *Tindak Pidana mengenai Kesopanan*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2005), hal. 1-4

¹³¹ Neng Djubaedah, *Pornografi dan Pornoaksi Ditinjau dari Hukum Islam*, (Jakarta: Kencana, 2003), hal. 129

baik; tata karma yang luhur”. Sementara itu “pornografi” menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah :”penggambaran tingkah laku secara erotis dengan lukisan atau tulisan untuk membangkitkan nafsu birahi” atau dalam arti yang lain adalah : “bahan bacaan yang dengan sengaja dan semata-mata dirancang untuk membangkitkan nafsu birahi dalam seks”.¹³²

Makna dari kesusilaan dan pornografi adalah berbeda. Wilayah keberlakuan dari kesusilaan adalah lebih sempit, tersekat-sekat oleh tradisi nilai suatu komunitas yang cenderung dipengaruhi oleh faktor agama, suku, ras dan golongan. Orang bisa berbeda pendapat mengenai batasan pengertian dan ruang lingkup delik kesusilaan.¹³³

Sifat merusak kesusilaan perbuatan-perbuatan tersebut kadang-kadang amat bergantung kepada pendapat masyarakat dalam masa serta tempat itu.¹³⁴

Jika pemahaman dari pembentuk undang-undang adalah sebagaimana kesusilaan dalam arti istilah sebenarnya, maka akan menjadi bias implementasi dari pasal ini. Hal ini dikarenakan sikap penegak hukum sendiri akan terkotak-kotak sesuai dengan keberadaan wilayah dan orang-orang yang dihadapi oleh penegak hukum. Maka keefektivan pasal ini akan mengalami banyak hambatan.¹³⁵

¹³² *Ibid.*, hal. 228

¹³³ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, (Bandung: Aditya Bakti, 2002), hal. 175

¹³⁴ R. Soesilo, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP)*, hal. 295

¹³⁵ Budi Suhariyanto, *Tindak Pidana Teknologi Informasi (Cyber Crime) Urgensi Pengaturan dan Celah Hukumnya*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2012)

Berdasarkan konsep-konsep tentang Kejahatan Kesusilaan di atas maka yang dipilih adalah konsep dari Wirjono Prodjodikoro yang membedakan tindak pidana melanggar kesusilaan (*zedelijkheid*) dengan tindak pidana melanggar kesopanan (*zeden*).

Untuk kejahatan melanggar kesusilaan terdapat dalam Pasal 281 sampai dengan Pasal 299, sementara untuk pelanggaran jenis pertama (kesusilaan) ini dirumuskan dalam Pasal 532-535.

Tindak Pidana melanggar kesopanan (*zeden*) yang tidak kesusilaan, maksudnya tak berkaitan dengan hal seksual, untuk kejahatan kesopanan ini diatur pada Pasal 300 sampai dengan Pasal 303. Sedangkan untuk jenis pelanggaran terhadap kesopanan (di luar hal yang berhubungan dengan masalah seksual) diatur pada Pasal 536 sampai dengan 547.

2.2.5 Kejahatan Kesusilaan Berat

Dalam Draft Naskah Akademik Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana dijelaskan bahwa yang dimaksud kejahatan berat yaitu kejahatan yang diancam pidana penjara dari empat sampai tujuh tahun sedangkan kejahatan sangat serius yaitu kejahatan yang diancam pidana penjara di atas tujuh tahun.¹³⁶

Chairul Huda dalam disertasinya menggunakan istilah “serius” untuk istilah “berat”. Chairul Huda menyatakan tingkat keseriusan tindak pidana dalam *civil law system* ditentukan oleh berat ringannya pidana yang diancamkan dalam suatu tindak pidana. Dengan

¹³⁶ Barda Nawawi Arief, makalah, *OpCit.*, hal. 7-10

demikian, tingkat keseriusan suatu tindak pidana ditentukan oleh undang-undang. Sementara itu, dalam *common law system*, hal tersebut tidak hanya ditentukan oleh *statutory law*, tetapi dalam *common law crime* ditentukan oleh *precedent*. Dalam hal yang terakhir memang diperlukan tingkat keseriusan suatu tindak pidana sebagai batas pengenaan pidana, jika *precedent* yang ada dianggap tidak lagi relevan. Mengingat umumnya berat ringannya pidana diserahkan sepenuhnya kepada subyektivitas hakim.¹³⁷

Keseriusan suatu tindak pidana berhubungan dengan cara melakukan tindak pidana, pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan dengan berencana.¹³⁸

Berdasarkan konsep-konsep tentang kejahatan kesusilaan berat di atas maka yang dipilih adalah konsep dalam Draft Naskah Akademik Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang mengatakan bahwa kejahatan berat yaitu kejahatan yang diancam pidana penjara dari empat sampai tujuh tahun.

2.2.6 Pembaharuan Hukum Pidana

Pembaharuan hukum pidana (*penal reform*) adalah bagian dari kebijakan/politik hukum pidana (*penal policy*).¹³⁹

¹³⁷ Chairul Huda, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Indonesia, *OpCit.*, hal. 246

¹³⁸ *Ibid.*, hal. 248

¹³⁹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, (Jakarta: Kencana, 2011), hal. 28

Makna serta hakikat pembaharuan hukum pidana sangat berhubungan dengan latar belakang serta urgensi dilakukannya pembaharuan hukum pidana tersebut. Latar belakang serta urgensi dilakukannya pembaharuan hukum pidana bisa ditinjau dari aspek sosiopolitik, sosiofilosofis, sosiokultural, ataupun dari berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan kriminal serta kebijakan penegakan hukum). Ini berarti, makna serta hakikat pembaharuan hukum pidana juga berkaitan erat dengan berbagai aspek itu. Artinya, pembaharuan hukum pidana juga pada hakikatnya harus merupakan perwujudan dari perubahan dan pembaharuan terhadap berbagai aspek dan kebijakan yang melatarbelakanginya itu. Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung arti, sebuah usaha untuk menjalankan reorientasi serta reformasi hukum pidana dimana sesuai dengan nilai-nilai sentral sosiopolitik, sosiofilosofis serta sosiokultural rakyat Indonesia dimana mendasari kebijakan sosial, kebijakan kriminal serta kebijakan penegakan hukum di Indonesia. Singkatnya dapatlah dinyatakan bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya harus dilakukan melalui pendekatan dimana berorientasi pada kebijakan (*policy-oriented approach*) juga sekaligus pendekatan dimana berorientasi pada nilai (*value-oriented approach*).¹⁴⁰

Pembaharuan hukum pidana mesti dijalankan melalui pendekatan kebijakan, karena memang pada hakikatnya ia hanya

¹⁴⁰*Ibid.*, hal 28-29

adalah bagian daripada suatu langkah kebijakan ataupun *policy* (yakni bagian daripada politik hukum/penegakan hukum, politik hukum pidana, politik kriminal serta politik sosial). Dalam tiap kebijakan (*policy*) juga berisi pertimbangan nilai. Maka, pembaharuan hukum pidana mesti pula berorientasi kepada pendekatan nilai.¹⁴¹

Dengan penjelasan tersebut, bisa disimpulkan arti serta hakikat pembaharuan hukum pidana sebagai berikut :

- a. Dilihat dari aspek pendekatan-kebijakan :
 - a. Merupakan bagian daripada kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya adalah bagian dari usaha untuk menanggulangi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) untuk mencapai/menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan lain-lain).
 - b. Merupakan bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya adalah bagian dari usaha melindungi masyarakat (khususnya usaha menanggulangi kejahatan).
 - c. Merupakan bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya adalah bagian dari usaha pembaharuan substansi hukum (*legal substance*) untuk lebih mengefektifkan penegakan hukum.

¹⁴¹*Ibid.*, hal. 29

b. Dilihat dari sudut pendekatan-nilai :

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya adalah usaha melaksanakan peninjauan dan penilaian kembali (reorientasi dan reevaluasi) nilai-nilai sosiopolitik, sosiofilosofis dan sosiokultural yang mendasari dan memberi materi bagi muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya KUHP baru) sama saja dengan orientasi nilai daripada hukum pidana lama warisan penjajah (KUHP lama atau WvS).¹⁴²

Berdasarkan konsep-konsep tentang Pembaharuan Hukum Pidana di atas maka yang dipilih adalah konsep dari Barda Nawawi Arief yang mengatakan bahwa :

Arti serta hakikat pembaharuan hukum pidana adalah :

1. Dipandang dari aspek pendekatan-kebijakan :

- a. Merupakan bagian daripada kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya adalah bagian daripada usaha untuk menanggulangi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) untuk mencapai/ menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan lain-lain).
- b. Merupakan bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya adalah bagian daripada

¹⁴²*Ibid.*, hal.29-30

usaha melindungi masyarakat (khususnya usaha menanggulangi kejahatan).

- c. Merupakan bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya adalah bagian daripada usaha pembaharuan substansi hukum (*legal substance*) untuk lebih mengefektifkan penegakan hukum.

2. Dipandang dari aspek pendekatan-nilai :

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya adalah usaha melaksanakan peninjauan dan penilaian kembali (reorientasi dan reevaluasi) nilai-nilai sosiopolitik, sosiofilosofis dan sosiokultural yang mendasari dan memberi materi bagi muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya KUHP baru) sama saja dengan orientasi nilai daripada hukum pidana lama warisan penjajah (KUHP lama atau WvS).